

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**UNIDAD DE POSTGRADO**

**La Prohibición del abuso procesal en el proceso civil  
peruano**

**TESIS**

para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en  
Derecho Procesal

**AUTOR**

Victor Raúl Espinoza Pereda

**Lima-Perú**

**2010**

# CONTENIDO

## CAPITULO I.- ASPECTOS METODOLÓGICOS – PROYECTO DE INVESTIGACIÓN 5

1. TEMA		5
2. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA		5
DIAGNÓSTICO SITUACIONAL		5
PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN	10	
OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN		11
JUSTIFICACIÓN		12
DELIMITACIÓN		14
3. HIPÓTESIS, VARIABLES, INDICADORES		15
4. TIPO DE INVESTIGACIÓN		17
5. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN		18
6. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y SELECCIÓN DE MUESTRA		19

## CAPITULO II.- MARCO TEÓRICO. 22

### EL DERECHO PROCESAL COMO ORDENAMIENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. 22

1. EL DERECHO PROCESAL COMO UN SISTEMA DE GARANTIAS		22
2. EL PROCESO JURISDICCIONAL.		26
NATURALEZA JURÍDICA		26
FINALIDAD DEL PROCESO		31
CONCEPTO MODERNO DE PROCESO		32
3. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN UN ESTADO SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE DERECHO.		33

### EL ABUSO DE LOS DERECHOS PROCESALES O ABUSO PROCESAL 37

1. NOCIONES PRELIMINARES		37
TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO		37
1.1.1. ANTECEDENTES		37
1.1.2. EL DERECHO SUBJETICO Y LA SITUACIÓN JURÍDICA SUBJETIVA		43

1.1.3. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL ABUSO DEL DERECHO.	45
1.2. TEORÍA DE LOS ACTOS JURÍDICOS PROCESALES	46
1.2.1. CONCEPTO DE ACTO PROCESAL	46
1.2.2. REQUISITOS DEL ACTO PROCESAL	50
1.2.3. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCESALES	54
2. EL ABUSO PROCESAL	57
2.1. CONCEPTO	57
2.2. ABUSO DEL PROCESO Y ABUSO EN EL PROCESO	58
2.3. CRITERIO IDENTIFICADOR	60
2.4. CLASIFICACIÓN	62
2.5. SUJETOS	63
2.6. CONSECUENCIAS	67
 <b>APLICACIÓN DEL ABUSO PROCESAL DE PARTE</b>	 69
1. ANTECEDENTES DE LA REGLA MORAL EN EL PROCESO	69
2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE PROCESAL	71
3. EL ABUSO PROCESAL COMO UN NUEVO PRINCIPIO DEL PROCESO CIVIL: AUTONOMÍA O COMPLEMENTO.	76
4. DERECHO DE ACCIÓN. TEORÍAS SOBRE LA ACCIÓN. CONCEPTO.	85
5. DERECHO DE CONTRADICCIÓN	92
6. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL ABUSO PROCESAL DE PARTE.	94
 <b>APLICACIÓN DEL ABUSO PROCESAL DEL JUEZ O ABUSO DE PODER JURISDICCIONAL</b>	 98
1. EL DERECHO A LA PRESTACIÓN DE JUSTICIA COMO UN DERECHO HUMANO.	98
2. LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y SU FINALIDAD PÚBLICA	99
3. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA Y EL FUNCIONAMIENTO ANORMAL O IRREGULAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	101
4. EL EXCESO EN EL EJERCICIO DEL PODER JURISDICCIONAL O ABUSO DE PODER.	103
5. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL ABUSO DE PODER JURISDICCIONAL.	106

<b>ANALISIS JURISPRUDENCIAL</b>	108
1. ABUSO PROCESAL POR DEMANDA EXCESIVA	108
2. ABUSO PROCESAL POR MEDIDA CAUTELAR EXCESIVA	111
3. ABUSO PROCESAL POR ABSTENCIÓN DESVIADA	114
4. ABUSO PROCESAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO	116
5. ABUSO PROCESAL POR BILATERALISMO EXCESIVO	118
6. ABUSO PROCESAL POR PERMISIÓN DE ACTOS PROCESALES ABSUSIVOS DE LAS PARTES.	119
 <b>LEGISLACIÓN</b>	 120
1. NACIONAL	120
2. COMPARADA	123
 <b>MARCO CONCEPTUAL</b>	 130
 <b>CAPITULO III.- CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS. ORDENAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS.</b>	 133
1. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	133
2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS Nº 1, 2, 3 Y 4.	134
3. ORDENAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS	141
3.1 REVISIÓN DE EXPEDIENTES JUDICIALES	141
3.2 APLICACIÓN DE ENCUESTAS	142
 <b>CAPITULO IV.- APORTES DE LA INVESTIGACIÓN.</b>	 147
<b>CONCLUSIONES</b>	148
<b>RECOMENDACIONES</b>	151
<b>PROPUESTA DE LEGE FERENDA</b>	152
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	155

# **CAPITULO I.-** **ASPECTOS METODOLÓGICOS – PROYECTO DE INVESTIGACIÓN**

## **I. TEMA**

“La Prohibición del Abuso Procesal en el proceso civil Peruano”

## **II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### **2.1 DIAGNÓSTICO SITUACIONAL**

Una visión humanista en la creación, desarrollo y reformulación de instituciones, categorías, teorías, etc; que constituyen el contenido de las ciencias; en especial de las sociales, - como es la ciencia jurídica – y que tiene como finalidad estar al servicio del ser humano para su realización como persona dentro del bien común; es una tendencia que debe ser práctica generalizada por los operadores del derecho.

Dentro de lo expuesto anteriormente, encontramos a una rama del Derecho, como es el Derecho Procesal, el cual hace posible la actuación de aquélla parte del Ordenamiento Jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada Función Jurisdiccional; es decir, la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de Jueces y Tribunales jurisdiccionales independientes, inamovibles, imparciales y sometidos sólo a la Constitución y a la ley.

Esta rama jurídica denominada Derecho Procesal constituye no sólo lo antedicho, sino que a partir de ello, es el medio o instrumento a través del cual se pone en marcha un sistema de garantías que posibilitan la concreción de una Tutela Jurisdiccional Efectiva, dando solución a los conflictos intersubjetivos, eliminando las incertidumbres jurídicas o sancionando las conductas delictivas que amenazan a la sociedad.

Sin embargo, esta afirmación resulta obstaculizada en la realidad, debido a la producción de hechos que hacen del proceso un fin en sí mismo, un instrumento del abuso del derecho; y con ello, la potestad jurisdiccional que emana del pueblo, se aparta de los justiciables y de los valores y principios que lo alimentan y que son base del derecho positivo.

Estos hechos observados en la realidad constituyen manifestaciones de lo que se denomina abuso procesal, distinguiéndose en Abuso Procesal de parte; que lo encontramos con la interposición de demandas temerarias, de medios impugnatorios con fines dilatorios, recusaciones sistemáticas, ocultamiento de medios probatorios, medidas cautelares excesivas; y Abuso Procesal del Juez o Abuso de Poder; que lo encontramos en el exceso ritual manifiesto; es decir, cuando el juzgador en la solución de las controversias se apega ya no a las formas; sino al formalismo a ultranza, no adoptando una flexibilización de las mismas respecto a su fin; el bilateralismo excesivo; es decir, se observa el regreso al sistema de duplicas y replicas, alargando el pronunciamiento de fondo; la omisión de resolución o abdicación de casos; que específicamente se revela en la segunda instancia cuando la de alzada se ampara en

la nulidad; para no resolver la cuestión de fondo; y devuelve los autos para un nuevo pronunciamiento del a quo; la permisión de actos procesales abusivos de las partes.

Respecto al Abuso Procesal de parte, el listado señalado resulta enunciativo y se encuentra limitado respecto a la aplicabilidad de los deberes de lealtad, buena fe, probidad y veracidad – Principio de Moralidad – que acoge nuestra normatividad procesal; ya que, existen situaciones que trascienden a dicho principio por tratarse de conductas subjetivas de difícil probanza en cuanto a su calificación de abusivas. En ese sentido, se presenta un aprovechamiento de los vacíos o insuficiencias legales para desnaturalizar o desviar las instituciones y sus finalidades.

Respecto al Abuso Procesal del Juez, en ejercicio de potestades jurisdiccionales, el juzgador expide actos que se encuentran dentro del marco de su competencia y función en observancia del ordenamiento legal; sin embargo, al mismo tiempo se aparta o desvía del fin específico sobre el cual reposa o se fundamenta dicha potestad; y de manera general, del fin público del bien general de servicio (Principio de Eficacia de las prestaciones del Estado)

Este contexto de dilación del proceso por parte del juzgador, respecto a su sanción, se encuentra limitado a lo establecido en la regulación de la Responsabilidad Disciplinaria de los Magistrados, cuando se infringe entre otros, el deber de celeridad en la resolución del proceso; cuando se abusa de las facultades que señala la ley para con los subalternos e intervinientes en el proceso; o cuando se abusa de la condición de

juez para obtener un trato favorable o injustificado; se observa que, dicha regulación dirige sus efectos post facto; es decir, luego de que se ha realizado o consumado el hecho generador de la dilación; y previo procedimiento disciplinario ante el órgano de control respectivo.

Estos hechos identifican que en la actualidad dichas potestades son instrumentos del abuso; y generan un alongamiento innecesario e injustificado del proceso; es decir, un daño procesal, por manifestaciones de abuso de Poder Jurisdiccional.

De lo expuesto anteriormente, entendemos que las causas de los hechos observados, lo constituyen principalmente, el conocimiento superficial por parte de los abogados y justiciables del Principio de Solidaridad y el deber de cooperación con los fines públicos a que responde el proceso civil moderno; la subsistencia de la interpretación literal, restrictiva y exegética de la norma jurídica por parte de los juzgadores, cuando resuelve los casos puestos a su conocimiento; el desconocimiento o conocimiento superficial e inaplicación por parte de los juzgadores de los principios procesales inherentes a una correcta administración de justicia; y, la inexistencia de una adecuada regulación especial que tenga como finalidad la prevención de las dilaciones procesales o daño procesal causado, lo que denominamos el abuso procesal.

Atendiendo a ello, es que, proponemos la implantación y aplicación de un Principio de Derecho en el campo procesal no utilizado en la practica, que asegure al actor que su invocación no será apreciada como un acto de intrepidez o de creatividad carente de



sustento jurídico; que impida que el magistrado realice un acto de malabarismo procesal al momento de resolver e ignore el deber de responsabilidad social en ejercicio de sus atribuciones; a fin de hacer realidad una justicia preventiva; tratando que el juzgador principalmente – actor preponderante en el esquema del abuso procesal – deje de lado un rol pasivo, dogmático, positivista, formalista; y se convierta en un atento, sensible y crítico receptor del ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto a fin de resolver de la manera mas justa, no solo, el fondo del asunto, sino también aquellas contingencias procesales que pueden desviar la función de un Debido Proceso; es decir, del Principio de Prohibición del Abuso Procesal.

En consecuencia, considerando que el principal problema que padece el Poder Judicial, es el de la morosidad o retardo procesal, la pasividad ante estas situaciones, por parte de los operadores del derecho, órganos involucrados en la administración de justicia, y, preponderantemente, el legislador, ocasionaría que la morosidad judicial sea aún mayor; con la producción de actos arbitrarios y abusivos. Contrariamente, la aplicación de un principio que éste destinado a evitar un alongamiento innecesario del proceso; ante la existencia de un contexto de desnaturalización del proceso por parte de los principales operadores jurídicos, como es la aplicación del Principio Jurídico de la Prohibición del Abuso Procesal, determina la prevención o cese de los daños procesales.

Es indispensable a partir de lo dicho, que la función jurisdiccional a través del proceso, vuelva a tener confianza en los justiciables, y ello, sólo se obtendrá exteriorizando el

desarrollo de procesos debidos y justos, sin dilaciones ni perturbaciones dadas por las partes o por el juzgador.

## **2.2 PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN**

### **GENERALES:**

¿Cuanto menor es el nivel de conocimiento por parte de los abogados del Principio de Solidaridad con el fin público del proceso; es mayor la configuración de abuso procesal en los procesos civiles?

¿Cuanto menor es, el nivel de conocimiento y la aplicación por parte de los jueces, de los principios que inspiran una correcta administración de justicia, es mayor la configuración de abuso procesal en los procesos civiles?

¿Cual es el tipo de interpretación normativa realizada por los jueces que provoca abuso de poder en los procesos civiles?

### **ESPECÌFICA:**

¿Es necesaria la aplicación del Principio de prohibición del Abuso Procesal; siendo que, para nuestro proceso civil, tenemos normativizado el Principio de Moralidad y la Responsabilidad Disciplinaria de los Magistrados?

## **2.3 OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN**

### Objetivo General

Demostrar que la aplicación de la Prohibición del Abuso Procesal, como un principio del derecho procesal civil, a través del análisis de casos y encuestas estructuradas, es un instrumento necesario para la prevención de daños procesales en el desarrollo de los procesos; o ante la producción del daño, la cesación del mismo como respuesta adecuada para la protección de la víctima, en los procesos civiles.

### Objetivos Específicos.

1. Establecer un instrumento procesal a disposición de los justiciables, a través de una adecuada legislación, para su protección frente a un abuso procesal en los procesos civiles.
2. Impetrar la necesidad de aplicación de principios jurídicos inherentes a la dignidad humana, como guías directivas de prerrogativas públicas, cuando no existan reglas específicas aplicables, o cuando éstas presentan problemas de indeterminación en su formulación; en la sustanciación de los procesos civiles.

## 2.4 JUSTIFICACIÓN DE INVESTIGACIÓN

- *Conveniencia y Motivación*

1. Es necesaria la realización de una investigación que al considerar la existencia de un contexto de desnaturalización y dilación del proceso por parte de los principales operadores jurídicos, determine la aplicación de Principios Jurídicos, como el de la Prohibición del Abuso Procesal, para prevenir o cesar los daños procesales provocados. Desde el punto de vista personal, el desarrollo del presente estudio tiene como principal motivo la especialidad académica del autor; es decir, la materia de Derecho Procesal.

- *Relevancia Social*

2. Considerando que el principal problema que padece el Poder Judicial, es el de la morosidad o retardo procesal, la aplicación de un principio que éste destinado a evitar un alongamiento innecesario del proceso, ayuda a disminuir aquel problema, lo que beneficiará a las partes en particular, y a la sociedad en general. Es indispensable a partir de lo dicho, que la función jurisdiccional a través del proceso, vuelva a tener confianza en los justiciables, y ello, sólo se obtendrá exteriorizando el desarrollo de procesos debidos y justos, sin dilaciones ni perturbaciones dadas por las partes ni por el juzgador. No obstante que, el marco procesal sujeto a

investigación esta centrado en el proceso civil, el alcance del principio materia de estudio, puede perfectamente extenderse a otras disciplinas procesales.

- *Valor Teórico*

3. El aporte teórico de la presente investigación, dentro del Derecho Procesal nacional, es la incorporación, desarrollo y exhortación de aplicación de la Prohibición del Abuso Procesal, como principio del proceso. Es un estudio referido al principio acotado como resultado de la aplicación de la Teoría del Abuso de Derecho, originado en el Derecho Civil; y de la Teoría de la Desviación de Poder, originado en el Derecho Administrativo. El contenido expuesto de la presente investigación es original y novedoso en la doctrina nacional; y conviene con la idea de que el complemento de instituciones jurídicas, hacia campos en que no se originaron, no es óbice para su transvasamiento, sino por el contrario, corrobora que el derecho es una ciencia dinámica, que tiene en mira el bienestar del ser humano a través de el establecimiento de la paz social.

- *Unidad Metodológica*

4. La presente investigación se llevará a cabo a través de los siguientes métodos: La observación de los hechos y acontecimientos que comprenden las causas y efectos de los problemas de la investigación. El análisis teórico contrastado con un trabajo

de campo, a través del estudio de casos, de expedientes judiciales. El comparativo, a través del análisis de la legislación y doctrina comparada sobre los problemas de investigación.

- *Implicación Práctica y Legalidad*

5. A través de los resultados del presente trabajo de investigación, se busca un beneficio para la sociedad, reflejado en que, los justiciables verán que en el desarrollo del proceso, se prevengan abusos en el ejercicio de los derechos procesales y potestades jurisdiccionales; por lo que, se establecerá un proceso más justo y debido. La concreción de la investigación al incorporar un principio que conviene a la eficacia de la prestación del servicio de justicia como un derecho humano; conviene asimismo, a la concreción del principio – derecho de la dignidad humana; y por tanto, resulta acorde con la Constitución y la ley.

## **2.5 DELIMITACIÓN DE INVESTIGACIÓN**

Temporal: Esta investigación será realizada en el período comprendido entre los años 2008 y 2009.

Espacial: Juzgados Especializados de Familia Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Social: Esta investigación aborda el área jurídica del Derecho Procesal Civil.

### **III. HIPÓTESIS**

#### **GENERALES:**

“El conocimiento superficial de los abogados del Principio de Solidaridad con el fin público del proceso; provoca la configuración de abuso procesal de parte en los procesos civiles”

“El conocimiento superficial y la inaplicación por parte de los jueces de los principios que inspiran una correcta administración de justicia, provoca la configuración de abuso procesal en los procesos civiles”

“La interpretación literal o estricta de la norma realizada por los jueces provoca Abuso de Poder en los procesos civiles”

#### **ESPECÌFICA:**

“La prohibición del Abuso Procesal, se hace necesaria; ya que, provoca, la prevención y represión de facultades, poderes y deberes funcionales desviados o excesivos, evitando un daño procesal en los procesos civiles”

## **VARIABLES**

### **INDEPENDIENTES**

- Principio de Solidaridad con el fin público del proceso.
- Principios que inspiran una correcta administración de justicia
- Interpretación literal o estricta de la norma
- Normatividad de la Prohibición del Abuso Procesal

### **DEPENDIENTES**

- Configuración de Abuso Procesal
- Ineficacia de la Tutela Jurisdiccional
- Daño Procesal.



## **INDICADORES**

- Conocimiento de los abogados del Principio de Solidaridad con el fin público del proceso.
- Conocimiento y aplicación por parte de los jueces de los principios que inspiran una correcta administración de justicia
- Resoluciones judiciales en que se realice la interpretación literal.
- Marco normativo respecto al Abuso Procesal.

## **IV. TIPO DE INVESTIGACIÓN**

Conforme al planteamiento de problema esbozado y a la revisión de la literatura correspondiente, nuestra investigación se caracteriza por ser Descriptiva - Explicativa; la misma que se iniciará como descriptiva, para luego realizar una explicación de la institución jurídica cuya aplicación se propone. Asimismo, dentro del contexto de las investigaciones Jurídicas, la presente se encuentra dentro del alcance de una **Jurídico-Proyectiva**: Este tipo de tesis hace en cierta forma una suerte de futurología de funcionamiento de una institución jurídica, partiendo de premisas actualmente vigentes.

- *El estudio o investigación estará dirigido a especificar las propiedades importantes de las situaciones y eventos señalados en el planteamiento del problema; es decir se va a establecer como es y como funciona el Principio de Moralidad y el Régimen de Responsabilidad Disciplinaria de los Jueces en un determinado proceso, respecto a una tutela jurisdiccional efectiva; y luego explicar los aspectos sobresalientes del Principio de Prohibición del Abuso Procesal, para predecir su buen funcionamiento futuro.*

## **V. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

La presente investigación, tendrá un diseño no experimental, debido a que, no se va a manipular las variables; sólo se van a observar los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, para después analizarlos; es una investigación ex post facto, los hechos y las variables ya ocurrieron. Es del subtipo transeccional o transversal causal; ya que, va a describir las variables incluidas en la investigación, para luego establecer las relaciones entre éstas (en primer lugar es descripción de las variables individuales, pero luego va mas allá de las descripciones, y establece relaciones) es decir, se va a medir la relación causal entre las variables en un determinado tiempo o tiempo único.

- *Cuando un diseño no experimental transeccional, establece relaciones causales, se caracteriza por ser explicativo; su diferencia con los experimentos es que, en aquellos, las causas y efectos ya ocurrieron en la realidad, el investigador los observa y reporta.*

## **VI. UNIDAD DE ANÁLISIS. UNIVERSO Y SELECCIÓN DE MUESTRA**

La unidad de análisis está constituida por expedientes judiciales en trámite como carga procesal de los quince Juzgados Especializados de Familia Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima; así como, los Magistrados que dirigen dichos despachos judiciales.

### **UNIVERSO O POBLACIÓN**

El universo o población es de característica finita y conocida de antemano; 6,150 expedientes judiciales, los cuales corresponden a la carga procesal en trámite de los años dos mil ocho y dos mil nueve en los quince Juzgados Especializados de Familia Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

### **SELECCIÓN DE MUESTRA**

Dado que todos los elementos o unidades de la población tienen alguna oportunidad de ser escogidos en la muestra; es decir, de antemano se conoce la probabilidad correspondiente a cada sujeto de la población, nuestra selección tendrá la calidad de un *muestreo probabilístico*. La muestra se obtiene de la siguiente fórmula de población finita:

**S<sup>2</sup>** Varianza de la Muestra = p (1-p)

**n`** = \_\_\_\_\_

**V<sup>2</sup>** Varianza de la Población

**S<sup>2</sup> Varianza de la Muestra**, no es otra cosa que la probabilidad de ocurrencia esperada de la variable que se pretende medir. 75%. P=0.75.

**V<sup>2</sup> Varianza de la Población**, no es otra cosa que el margen de error estándar con el que queremos trabajar para proyectar nuestros resultados. 0.015

$$0.75 (1 - 0.75) 0.1875$$

$$n` = \frac{0.1875}{(0.015)^2} = 833.3333$$

$$(0.015)^2 0.000225$$

La Muestra Ajustada se simboliza con la letra n y su fórmula es como sigue:

**n`**

n = \_\_\_\_\_ donde N = Número de la Población

$$1 + n` / N$$

Así tenemos que:

$$n` 833.3333 833.3333 833.3333$$

$$n = \frac{833.3333}{1 + 833.3333 / N} = \frac{833.3333}{1 + 833.3333 / 833.3333} = \frac{833.3333}{2} = 416.6666$$

$$1 + n^{\wedge} / N \quad 1 + 833.3333/6150 \quad 1 + 0.1355 = 1.1355$$

$$n = 733.8910$$

La muestra probabilística del universo o población es de 734 expedientes judiciales.

## **CAPITULO II.- MARCO TEÓRICO.**

### **EL DERECHO PROCESAL COMO ORDENAMIENTO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**

#### **1.- El Derecho Procesal como un sistema de garantías.**

Las diversas funciones que pueden manifestarse en un Estado, deben atender a una situación de suma importancia para con todos los ciudadanos que forman parte de ese Estado y que en última instancia, serán ellos los destinatarios reales de los efectos de esas funciones; en el entendido, de que las mismas sean realizadas dentro de lo que se conoce como Estado de Derecho. El Estado de Derecho es la resultante de una organización del Poder Público cuyas manifestaciones deben encuadrarse en las siguientes:

- a) La sujeción de los Poderes Públicos a la Constitución y al Ordenamiento Jurídico.
- b) El reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas.
- c) La Separación de Poderes.
- d) La Existencia de una Justicia Constitucional.
- e) La remoción de aquellos obstáculos que impiden el entendimiento de la igualdad no tan sólo en un sentido formal sino también sustancial, encomendándole al Derecho una función promocional<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Almagro Nosete, José. “Consideraciones de Derecho Procesal”. Librería Bosh. Baelona 1998. Pág. 10.

Es en este último párrafo de las manifestaciones del Estado de derecho – que en la actualidad por las corrientes constitucionalistas ha pasado a denominarse Estado Constitucional y Social de Derecho – donde la ciencia del derecho juega un papel indispensable para el establecimiento y la permanencia de un Estado de derecho real y no solo formal; ésta importante función se manifiesta a través de la limitación del poder; es decir, el derecho asegura un juego institucional de poderes equilibrados y limitados – esto en cuanto una vertiente política – ; sin embargo, lo más significativo de esta función de garantía frente a las arbitrariedades del Poder, se efectúa en último extremo, por la jurisdicción encuadrada en el Poder Judicial; o en todo caso, de un Poder Jurisdiccional que radica, también, en otros órganos estatales.

Es el Derecho Procesal, el que hace posible la actuación de aquella parte del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional; es decir, la actividad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por medio de jueces y tribunales independientes, inamovibles, imparciales y sometidos a la Constitución y a la Ley.

El Derecho Procesal constituye no sólo lo antedicho; sino que a partir de ello, es el medio que posibilita la concreción de una Tutela Jurisdiccional efectiva, dando solución a los conflictos de intereses, eliminando las incertidumbres jurídicas o sancionando las conductas delictivas que amenazan a la sociedad.

El Derecho Procesal implica básicamente un sistema de garantías que se proyecta a través del llamado **proceso jurisdiccional**. Este garantismo procesal implica, la concepción del proceso como una realidad sustantiva, que supone la puesta en practica de las garantías que en las leyes procesales se contienen conjuntamente con los que poseen proyección constitucional a través de una postura garantista comprometida con la realidad social y constitucional.<sup>2</sup>

De la función primordial que tiene el Derecho Procesal, se derivan otras, como las siguientes:

- Establecer los requisitos y efectos del proceso
- Establecer los órganos y procedimientos respectivos.
- Complementar al derecho material
- Ordenar el proceso a través de su conjunto de normas.
- Regular la competencia del órgano público.
- Regular la capacidad de las partes.
- Establecer los efectos de la Cosa Juzgada y las condiciones de su ejecución.

Entre algunas de sus características encontramos las siguientes:

- Forma parte del derecho público, porque reglamenta la actividad de un órgano del

---

<sup>2</sup> Lorca Navarrete, Antonio. “Introducción al Derecho Procesal”. 2da edición. Madrid. 1991. Pág. 22.



Estado como es el Poder judicial, y porque tiene como fin realizar una función de interés público.

-La mayor parte de sus normas son de carácter instrumental, que son aquellas que directamente y de modo inmediato no resuelven conflictos de intereses o de derechos, sino que lo hacen indirecta o mediatamente, estableciendo una autoridad y atribuyéndole un poder bastante para resolver un conflicto de intereses.

-Existen en el derecho procesal normas materiales de las que derivan derechos subjetivos y las obligaciones correlativas a los mismos.

-La casi totalidad de sus preceptos o normas son absolutas y su cumplimiento no puede ser eludido por los particulares.

-En el derecho procesal es donde se hace sentir con más fuerza la necesidad de complementar la obligatoriedad de las leyes y su eficacia práctica correlativa, mediante estímulos y sanciones de carácter moral y económico.

-El derecho procesal es en gran parte formalista, en el sentido de que establece las ritualidades del procedimiento.

## **2. El Proceso Jurisdiccional**

### **2.1. Naturaleza Jurídica.**

La progresiva transformación de la tutela del derecho en función pública, a través del proceso, se afirma en primer lugar con la regulación exterior de la defensa privada y consecuentemente, con la sustitución del juicio imparcial ajeno al juicio egoísta del titular del derecho, si la existencia del derecho es discutida; es decir, con la resolución de conflictos privados; y, como segunda manifestación de esta función, la de ser límite de los Poderes Públicos.

Nos encontramos, pues, con la figura central del derecho procesal a mi entender, al lado de la Acción y Jurisdicción, con el proceso, que en concretas palabras se define como el conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teleológica, que permiten desarrollar la actividad jurisdiccional y con ello brindar tutela a los derechos e intereses.<sup>3</sup>

Sin embargo, precisar lo que se entiende en rigor por proceso; nos obliga a recorrer las distintas teorías que se han creado buscando explicar la naturaleza jurídica de la institución eje del Derecho Procesal.

---

<sup>3</sup> Peyrano, Jorge W. "El Proceso Atípico". Editorial Universidad. Buenos Aires. 1993. Pág. 216.

Cuando los procesalistas discuten en torno a la naturaleza jurídica del proceso están buscando la categoría jurídica general; es decir, el género en el cual pueden encuadrarlo, y lo deben hacer con la finalidad de que, ante la laguna legal, queden determinadas las normas supletorias:

### **Doctrinas Privatistas:**

Surgieron en Roma, siguiendo una concepción del proceso, en el derecho privado:

#### **Teoría del contrato de litiscontestatio.**

En los procedimientos formulario y de la legis actiones, en el derecho romano, el proceso se basaba en un contrato llamado “litiscontestatio”, a través del cual, el demandante y el demandado se obligaban a sujetarse al dictado de la sentencia de un tercero, llamado “iudex”, para lo cual, realizaban la actividad procesal necesaria para que éste pudiera conocer de la demanda y de la oposición. En ésta etapa, el proceso era regulado y determinado por la voluntad de las partes; cuestión que en la actualidad es inadmisibles, ya que el Estado tiene el monopolio de la función jurisdiccional, y a través del proceso, impone su solución a los particulares.

#### **Teoría del cuasi contrato de litiscontestatio.**

La litiscontestatio se mantuvo, pero con un aligeramiento; así se señala que “el peso de la tradición privatista era tan fuerte que la doctrina mantuvo la litiscontestatio como piedra angular, aunque ahora considerándola cuasi contrato. El demandado quedaba sujeto al proceso, no ya porque celebraba un contrato, sino por la voluntad unilateral

del demandante; a esta voluntad la ley atribuía el poder de sujetar al demandado al proceso”.<sup>4</sup>

### **Doctrinas Publicistas**

Surgieron a mediados del siglo XIX en Alemania, intentando abandonar la concepción privatista del proceso, adentrándose en el derecho público.

### **Teoría de la Relación Jurídica**

Teoría iniciada por Oscar Von Bulow en su obra “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, publicada en 1868. En ella se sostiene la idea de que el proceso civil se caracteriza por una relación jurídica entre el juez y las partes, en donde aquel tiene la obligación de decidir y aplicar el derecho al caso; y estas a colaborar en tal fin, sometiéndose al resultado de la actividad del juez. Así, en la obra mencionada se señala *“desde que los derechos y obligaciones que se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público, y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública”*<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional. Parte General I. Pág.291.

<sup>5</sup> Citado por: Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional. Parte General I. Pág.292.

### Teoría de la Situación Jurídica

Teoría expuesta por James Goldschmidt, en su obra de 1925, “El proceso como situación jurídica”. En esta teoría se sostiene que las partes a lo largo del proceso, se sitúan en diversas posiciones en relación al derecho sobre el que solicitan su tutela o defensa. Aquí *“los lazos jurídicos que nacen entre las partes en el proceso no son relaciones jurídicas (concepción estática), sino que derivan de una situación jurídica (concepción dinámica), siempre cambiante. Si el fin del proceso es la obtención de la cosa juzgada favorable, a lo largo del mismo se pasa por diversas situaciones jurídicas; es decir, estados de una parte con respecto a su derecho bajo el punto de vista de la sentencia que se espera conforme a las leyes. Estos estados son expectativas procesales de obtener una sentencia favorable o desfavorable. La parte que se encuentra en situación de proporcionarse por un acto una ventaja procesal tiene una posibilidad procesal; por el contrario, si la parte tiene que realizar un acto para prevenir una desventaja, le incumbe una carga. La situación procesal, definida de otro modo, es el conjunto de expectativas procesales, posibilidades, cargas y liberación de cargas de una parte”*<sup>6</sup>

En general éstas dos teorías publicistas no tienen utilidad para la búsqueda de la naturaleza jurídica del proceso; sin embargo, ambas han creado aportes valiosos para la ciencia procesal. En cuanto a la primera, significó el nacimiento con autonomía del derecho procesal, con la distinción de relación material y relación procesal; permitió

---

<sup>6</sup> Montero Aroca, Juan. Derecho Jurisdiccional. Parte General I. Pág.294-295.

distinguir entre proceso y procedimiento; etc. Mientras que respecto a la segunda, estableció una sistematización de los actos procesales.

### Teoría de la Institución

Esta teoría fue desarrollada por el profesor Jaime Guasp, el cual considera que ocurriendo en el proceso, una multiplicidad de relaciones jurídicas; es decir, correlaciones de deberes y derechos jurídicos; las mismas deben reducirse a una unidad superior, la cual debe canalizarse a través de la figura de la institución.

Para Guasp, la idea de institución sugiere la de un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea ésta o no su finalidad individual, las diversas voluntades individuales de los sujetos de quienes proceda aquella actividad. El proceso participa de dichas características; siendo una verdadera institución: La idea común y objetiva que en el proceso se observa consiste en la satisfacción de una pretensión; y a ella adhiere el juez con su fallo, el actor en su pretensión y el demandado en su oposición, pues todos ellos tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso, pese a que cada uno entienda de una manera particularmente distinta el contenido concreto que cada caso debe integrar la satisfacción que se persigue.<sup>7</sup>

De todo lo expuesto, se aprecia que, ya no es preciso acudir a un sentido clásico para descubrir la naturaleza jurídica del proceso, encuadrándolo en una categoría más

---

<sup>7</sup> Palacio, Lino Enrique. "Derecho Procesal Civil". Tomo I. 2da edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1994. Pág. 237-238.

general o extraprocesal; sino que, ahora, es más importante establecer su razón y su finalidad.

## **2.2. Finalidad del proceso.**

En cuanto a la finalidad del proceso, dos son las teorías que se han desarrollado en tal sentido. Para la teoría objetiva el fin del proceso es la actuación del derecho objetivo al caso concreto; y para la teoría subjetiva el fin consiste en la tutela de los derechos subjetivos de los particulares. Al respecto Devis Echandía señala: “ambos conceptos encierran gran parte de la verdad, pero no toda; tomados en forma excluyente desvirtúan la verdadera naturaleza del proceso jurisdiccional, pero si se coordinan, nos dan su verdadera noción. La actuación de la ley no puede ser el fin, sino el medio que utiliza el Estado en el proceso, para la tutela del orden jurídico y para resolver el problema que presenta la incertidumbre, la violación, el desconocimiento o la insatisfacción de los derechos subjetivos (...) Por otra parte, si se concibe el fin del proceso como la simple tutela de los derechos subjetivos, se les viene a dar un contenido de interés particular y se le convierte en simple instrumento de protección a los fines que las partes persiguen, lo cual se halla reñido con el concepto moderno de proceso. Aún cuando del proceso resulte el beneficio que una de las partes o todas persigan, no se confunde esto con su fin principal que es la satisfacción de un interés público y general: Mantener la armonía y la paz social, y tutelar la libertad y la dignidad humana. Es decir, la realización del derecho mediante la actuación de la ley en los

casos concretos, para satisfacer el interés público o general (...) es el fin principal de todo proceso.”<sup>8</sup>

Nuestra posición respecto a la finalidad del proceso, està relacionada intrínsecamente con el respeto a un Estado Constitucional de Derecho; por tanto, a nuestro entender su finalidad estaria constituido por la realización del derecho a través de la plena vigencia de los principios inherentes a una correcta administración de justicia, que ocasiona una debida interpretación y aplicación de la ley en los casos concretos; para obtener el bien general del servicio de justicia; lo que redundo en la armonía social.

### **2.3. Concepto moderno de Proceso.**

En el orden de ideas expuesto, enunciamos una definición de lo que entendemos por proceso, como *aquel instrumento necesario para la efectiva función jurisdiccional del Estado (realización del derecho y la tutela o protección del orden jurídico); y, que es puesto a disposición de los ciudadanos, para brindarles y asegurarles a éstos últimos, un conjunto de garantías constitucionales a través de una Tutela Jurisdiccional Efectiva de sus derechos e intereses legítimos.*

En consecuencia, diremos que, debido al cambio de recepción de la finalidad del proceso, en el que se asume un interés público – con la dirección formal del proceso por parte del juez -; es que, no pueden legitimarse en él, conductas irregulares de los

---

<sup>8</sup> En: “Teoría General del Proceso”. Editorial Universidad. 3era edición. Buenos Aires. Pág. 157.



sujetos procesales, tendentes a frustrar su correcto fin;<sup>9</sup> caso contrario, la acción del Estado – que con relación a la vulneración inmediata de un derecho, es mediática respecto a su tutela efectiva -, sustitutiva de la acción por mano propia, y con el compromiso de tratar a todos los litigantes por igual, estaría deslegitimándose ante la sociedad.<sup>10</sup>

### **3. La función Jurisdiccional en un Estado Social y Constitucional de Derecho.**

El Tribunal Constitucional ha señalado que<sup>11</sup>, el tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica; es decir, una norma con contenido normativo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. Es decir, consagra el pleno respeto a la Supremacía Constitucional.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Por otro lado, el proceso de por sí, contiene un carácter dialéctico; lo que significa que, a pesar de la dirección del juez en el proceso, la voluntad de éste, no tiene calidad absoluta, sino que siempre estará condicionada a la voluntad de las partes, en cuanto a la iniciativa, permisión o renuncia de las mismas, exteriorizada en los actos procesales.

<sup>10</sup> Al respecto Luiz Guilherme Marinoni señala que: “La morosidad no sólo significa un peso muy grande para el litigante, sino que también inhibe el acceso a la justicia. La lentitud lleva al ciudadano a no creer en el Poder Judicial, lo que es altamente nocivo para los fines de pacificación social de la jurisdicción, pudiendo asimismo conducir a la pérdida de legitimidad del poder”. En: “La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso”. Themis. N° 43. Lima. 2001. Pág 15.

<sup>11</sup> STC – Expediente N° 5854-2005-PA/TC de fecha 07/11/05

<sup>12</sup> Al respecto Landa Arroyo, señala que: “A partir que la Constitución dejó de ser entendida como un sistema de garantías, para convertirse en un sistema de valores fundamentales, con principios de justicia social y derechos económicos y sociales, se dio lugar al desarrollo de una rica jurisprudencia de los tribunales

Ahora, un estado social de derecho, implica la idea de que los derechos y deberes jurídicos protegidos buscan garantizar las condiciones de convivencia, paz y vida digna para la población; sin las cuales se desconoce el principio de dignidad humana y solidaridad social. En consecuencia, un Estado Constitucional y Social de Derecho, supone aquel que tiene como fines el respeto de los derechos fundamentales e instituciones democráticas para alcanzar la igualdad y la supremacía constitucional, a través de una serie de principios y valores, protegidos por una jurisdicción constitucional<sup>13</sup>

En este contexto, el Poder Judicial es corresponsable con los otros poderes del estado en lograr una convivencia pacífica y la vigencia de un orden más justo.

La imparcialidad e independencia del Poder Judicial frente a los otros poderes del estado, garantiza la plena vigencia de un estado social y constitucional de derecho, y

---

constitucionales europeos y en particular el alemán, sobre el contenido concreto de los derechos fundamentales; éste ha estado alimentado, por viejas y nuevas teorías constitucionales, que han incidido en el fortalecimiento del Estado Constitucional”. En: “Teoría de los Derechos Fundamentales”. Palestra Editores. Mayo. Lima 2004. Pág. 170.

<sup>13</sup> Al respecto Gustavo Zagrebelsky sostiene que: “La concepción del derecho propia del Estado de Derecho (...) presupone una situación histórico concreta: La concentración de la producción jurídica en la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho, esto es, los derechos y la justicia, a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, su simple exégesis; vocación de la ciencia del derecho mantenida por el positivismo acrítico del siglo XIX, y que hoy todavía esta presente, como un residuo por la fuerza de la tradición en los juristas prácticos (jueces). El Estado Constitucional está en contradicción con esta inercia mental. La fórmula del Estado Constitucional afecta a la posición de la ley, sometiéndola a una relación de adecuación y subordinación a un estrato más alto del derecho establecido en la constitución, que produce una profunda transformación de la concepción del derecho, con la posibilidad de cifrar dicha fórmula en un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. En el nuevo contexto de sociedades enteras divididas en su interior por pugnas sociales, políticas y económicas; el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución del objetivo de unidad y paz social”. En: El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. 5ta edición. Editorial Trotta. Madrid. 2003.

determina la legitimación del trabajo del juez, a través de un proceso entendido como el mecanismo que contiene un conjunto de garantías constitucionales puesto a disposición de los justiciables, para la solución de sus conflictos.

Una judicatura así, implica un cambio de paradigmas, se deja de lado la figura del juez como simple aplicador de la norma, para acoger la figura del juez creador de derecho; como el momento esencial del derecho. Asimismo, implica dejar de lado la idea de que el derecho se agota en la ley, para integrar los valores y principios constitucionales.<sup>14</sup>

Asimismo del lado de los litigantes, implica un conjunto de deberes que pesan sobre estos, los cuales deben asumir con rigor para alcanzar la vigencia de los principios que inspiran a una correcta administración de justicia; ya que, siendo los litigantes ciudadanos; como buenos ciudadanos, nada de lo que pase con la administración de justicia le es ajeno. Así, es deber de los ciudadanos litigantes, contribuir a la plasmación de una nueva cultura del proceso judicial, dentro de un Estado Constitucional de Derecho; cooperando para obtener a través de él, un buen servicio de justicia que alcance la paz social; a través de la interiorización de valores y

---

<sup>14</sup> Eduardo Néstor de Lázzari, señala al respecto: “El tiempo histórico que vivimos no permite ya sostener que la interpretación de la ley se reduce a investigar el significado de la norma (...) la tarea de los jueces no consiste en la aplicación mecánica de ciertas reglas a determinado factum. La premisa de que todos los supuestos de la vida están contemplados anticipadamente por el orden jurídico es ilusoria. La incompletitud es un rasgo inevitable del sistema por lo que el juez debe algunas veces ejercer un poder de creación. Entonces, en determinados supuestos, es lícita la actividad interpretativa judicial que más que a encontrar el sentido que los textos tienen procede a atribuirles por sí un sentido, más no cualquiera arbitrariamente sino precisamente el que corresponde a la situación jurídica involucrada de consuno con los principios generales y la ponderación de los valores en juego”. En: Debido Proceso. Realidad y Debido Proceso. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003. Pág. 75 – 76.

principios constitucionales, como la Buena fe, la Equidad, la solidaridad.<sup>15</sup>

La función jurisdiccional es uno de los puntos clave de la teoría del garantismo – el derecho como sistema de garantía – ya que, frente a los otros poderes, el judicial está precisamente caracterizado por su exclusiva vinculación al derecho, a la tutela de los derechos e intereses lesionados. Interesa destacar en este contexto que, la función jurisdiccional se convierte en el guardián del derecho en su expresión constitucional; a través de dos vertientes: Mediante la corrección jurídica del ordenamiento conforme a su sentido constitucional; y, mediante la garantía de una solución desde el derecho constitucional para cada conflicto entre derecho e interés legítimo que se plantee.

---

<sup>15</sup> Morello, Augusto M. *Los Abogados. Desafíos de los años 90*. Librería editora Platense SRL. Buenos Aires. 1993. Pág. 97

## **EL ABUSO DE LOS DERECHOS PROCESALES O ABUSO PROCESAL**

### **1. Nociones Preliminares**

#### **1.1. Teoría del Abuso del Derecho.**

##### **1.1.1. Antecedentes.-**

La palabra abuso proviene de latín “abusus”, de ab, en el sentido de perversión o mal; de usus, o uso; lo que significaría mal uso o empleo arbitrario. El abuso de derecho viene a ser cualquier acto que rebasa los límites razonables impuestos por la justicia y equidad, vulnerando intereses legítimos.

En el derecho romano una figura como la del Abuso del Derecho, era innecesaria; ya que, por un lado, en esta etapa no existía una delimitación de los derechos subjetivos; y por otro lado, a través del principio de Equidad, el órgano de justicia adaptaba el sistema normativo a las necesidades de la vida real.

En efecto, el tratamiento sobre el ejercicio irregular de los derechos en Roma, fue contradictoria con su posterior evolución en la Teoría del Abuso del derecho; así el Digesto señalaba: “Nullus videtur dolo faaere; qui suo utitur”; o sea, “No se considera que obra con dolo nadie que usa de su derecho” (Dig. 50.27.55); Paulo decía: “Nemo

damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet”, o sea, “No hace daño nadie sino el que hizo lo que no tiene derecho hacer” (Dig. 50.7.157); y Ulpiano por su parte señalaba: “Neminem laedit, nemo damnum facit qui suo jure utitur”, o sea, Quien usa de su derecho a nadie lesiona, a ninguno causa daño” (Dig. 39.2.26). En esta época no existía un tratamiento sistemático y general respecto al ejercicio antifuncional de los derechos; sino que, las fórmulas acotadas se orientaban a solucionar cuestiones concretas a través de valores de justicia y equidad aplicados por el Magistrado.

Pero en sí los antecedentes más cercanos e inmediatos vendrán a ser los actos de emulación, que ponía su mayor énfasis en el ánimo nocendi al producir un daño ejerciendo antisocialmente un derecho de propiedad; y de los actos de inmisiones, donde interesa más los resultados de la acción, que producía daños superiores a los normalmente tolerables.

“El abuso del derecho según el jurista exegeta Laurent surge “como una reacción jurisprudencial frente a la dogmatización del derecho subjetivo”; y en tal sentido, vemos que se originó jurisprudencialmente en Francia<sup>16</sup>, a través de la sentencia de la Corte de Colmar del 2 de mayo de 1855, en donde se establece que el ejercicio del derecho de propiedad debe tener por límite la satisfacción de un interés serio y legítimo; y

---

<sup>16</sup> Al respecto Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, señalan: “Que la figura surgiera en la Jurisprudencia francesa no es casual, pues el Código de Napoleón vino a suponer la consagración históricamente de dos rasgos jurídico-culturales que la figura del abuso del derecho estaría destinada a corregir. El primero de estos rasgos es el llamado formalismo legal: la concepción según la cual la ley (el código) contiene reglas que predeterminan la solución de todos los casos posibles sin que para la formulación de dicha solución sea jamás necesaria la ponderación de razones por parte del juez. (...) El segundo rasgo es lo que podríamos llamar el absolutismo de los derechos y singularmente del derecho de propiedad.(...) la figura del abuso del derecho surge como reacción frente a, y como corrección de estos dos rasgos”. En: *Ilícitos Atípicos*. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Pág. 34.

también de la sentencia del Tribunal de Compiègne, del 19 de febrero de 1913, en la que se establece que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador. Del contenido de estas sentencias puede extraerse que el supuesto de abuso del derecho, implica el ejercicio de la titularidad de un derecho, respecto a propiedades o elementos no previstos por el legislador y que se encuentran fuera del alcance justificativo de los principios que son base del ejercicio de ese derecho”<sup>17</sup>

Desde allí, su doctrina se expandió a lo largo del mundo moderno, como contestación al exacerbado individualismo que reinaba en el siglo XVIII. La erradicación de éste individualismo en el pensamiento vigente se debió a la institución comentada y más tarde a la filosofía existencial que pone al ser humano y su bienestar como fin de la sociedad y del estado, dejando a tras la importancia sobre la materialidad o bienes que lo rodean.

En tal sentido, “el abuso del derecho es, sin duda, una de las instituciones claves para comprender la evolución del derecho en nuestro tiempo (...) La construcción de esta nueva figura constituye una explicable y esperada reacción contra el individualismo exacerbado que dominaba el derecho y que tuvo su más clara consagración en el código civil de los franceses de 1804, el que comprendía el pensamiento burgués de fines del siglo XVIII (...) dentro de esta teórica y absurda posición de aislamiento, el

---

<sup>17</sup> Luis Díez-Picazo y Ponce de León. “El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil Español y el problema de sus recíprocas relaciones”. Ius Et Veritas. N° 5. Lima. 1992. Pág. 6.

derecho privilegio la tutela de los bienes materiales por lo que el derecho de propiedad ocupó el lugar central del sistema. El ejercicio de este derecho, por lo tanto, se podía lesionar impunemente el derecho de los demás sin tener la obligación de reparar el daño causado. El actor-propietario simplemente actuaba en el legítimo ejercicio de su derecho, el mismo que no reconocía límites en tanto era absoluto. Esta situación empieza lentamente a modificarse a partir de fines del siglo pasado. La contestación del individualismo sin límites y el surgimiento del denominado abuso del derecho produjo apasionadas polémicas (...) Los hombres de derecho comienzan a percibir que los derechos subjetivos no son absolutos, por lo que debe respetarse el derecho ajeno lo que, a su vez, supone un deber genérico de no dañar a cargo del titular de cualquier derecho. (...) todo derecho conlleva un genérico deber al lado del deber específico y concreto que dimana de cada derecho subjetivo en particular. (...) El abuso del derecho concretaba la dimensión solidaria de lo jurídico, por lo cual el ejercicio de cualquier derecho subjetivo no era absoluto sino que reconocía un límite expresado en el interés de los demás por lo que, si se le causaba un daño, el acto, legítimo en su origen, convertíase en ilícito”.<sup>18</sup>

Debemos decir que la corriente del movimiento personalista, que se funda en la Filosofía de la Existencia y que “coloca al ser humano como centro y eje de la meditación iusfilosófica dentro de una dimensión de coexistencialidad”,<sup>19</sup> fue avanzando hasta dejar de lado el apasionado individualismo reinante, que sólo hacía

---

<sup>18</sup> Fernández Sessarego, Carlos. “El abuso del derecho en la jurisprudencia española” En: Diálogo con la Jurisprudencia. Año 2. N° 2. Diciembre 1995. Pág. 190.

<sup>19</sup> Fernandez Sessarego, Carlos. Abuso del Derecho. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992. Pág. 18.



referencia a los intereses personales y excluía de toda consideración a la voluntad social.

Comienza entonces a valorarse al ser humano como un fin en sí mismo y a ubicarlo como un “ser en el mundo”.<sup>20</sup> Esta crisis recalcó el carácter social del hombre, como un ser humano creador, idéntico a sí mismo y que coexiste y se relaciona con otros en sociedad.

Se llega así a afirmar que la nueva teoría no atenta contra la libertad individual ni la voluntad particular, sino que el Abuso del Derecho es un acto ilícito sui generis<sup>21</sup> y que su origen esta dado por el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se haya normativamente protegido por el ordenamiento jurídico, que además acarrea un daño y origina responsabilidad civil.<sup>22</sup>

Con el reconocimiento de la teoría del Abuso de Derecho se tiende a evitar que con el ejercicio de las libertades y prerrogativas, el titular de las mismas actúe desaprensivamente, como si fuera único en el universo, prescindiendo o ignorando los intereses de los otros.

---

<sup>20</sup> Ibídem. Pág. 17.

<sup>21</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero prefieren señalar que el abuso del derecho es un acto ilícito atípico, en los términos siguientes: “Si los ilícitos son conductas contrarias a normas de mandato y estas últimas pueden ser reglas o principios, ¿significa eso que cabe también trazar una clasificación paralela entre los actos ilícitos, según que sean contrarios a reglas o a principios? Nuestra tesis es que sí, y que a los primeros ( a los actos opuestos a las reglas) se les puede llamar ilícitos típicos, mientras que los segundos, los que se oponen a principios, serían ilícitos atípicos. (...) Otros – los que aquí nos interesan – son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo, - y en razón de su oposición a algún principio o principios -, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder”. Op. Cit. Pág. 25 y 27.

<sup>22</sup> Fernandez Sessarego, Carlos. Op. Cit. Pág. 4.

Luego ésta teoría se extendió a otros campos del derecho y paso a ser reconocida posteriormente como un Principio General del ordenamiento jurídico positivo moderno<sup>23</sup>.

La sentencia del Tribunal de Colmar de 1855, al resolver a favor de un ciudadano afectado por la falsa chimenea de su vecino, al que no le producía ningún beneficio y que actuaba intencionalmente; y la del Tribunal de Lyon de 1856, que sancionó la conducta de un propietario que vaciaba injustificada y excesivamente su pozo para que su vecino no pudiera acudir al agua; generan confrontaciones en la doctrina de la época, siendo la más encendida la que protagoniza por un lado Planiol al señalar criticando a la teoría del abuso del derecho: “Hablar de abuso de los derechos, es enunciar una fórmula inútil y aún incurrir en una logomaquia, toda vez que cuando yo hago uso de mi derecho mi acto es lícito y cuando no lo es, es porque he sobrepasado mi derecho y actúo sin derecho”; por su parte Josserand, crítica esta posición al señalar que: “Cuando se dice que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario a derecho, se expresa un dilema en el cual la contradicción es solo aparente, porque un acto puede ser realizado de conformidad con un derecho determinado, y, sin embargo, hallarse en pugna con el derecho considerado en su conjunto”.

---

<sup>23</sup> Las condiciones de aplicación del abuso podrían resumirse en: a) Ejercicio de un derecho subjetivo; b) daño a un interés no protegido por una norma jurídica específica; c) inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho de actúa o ejerce con la intención de perjudicar o sin un fin serio o legítimo) o bajo la forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

Luego ésta teoría, pese a los debates doctrinarios se extendió a otros campos del derecho y paso a ser reconocida posteriormente como un Principio General del ordenamiento jurídico positivo moderno; cuya cuestión ha ventilar fue en determinar como y cuando se abusaba de un derecho. En dicha búsqueda se origina los siguientes criterios: Subjetivo: Señala que existe abuso de derecho cuando existe un obrar doloso o culposo por parte del titular; es decir, cuando lo ha ejercitado con el ánimo o propósito de causar daño o bien ha sido ejecutado sin tomar el cuidado adecuado; el Objetivo, funcional o finalista: Señala que, existe el abuso cuando se atenta contra los fines de la norma, o contra las finalidades generales del derecho; y, la Mixta o Ecléctica: Complementa las dos anteriores, y tiene como principal exponente a Josserand, el cual añade al elemento teleológico, la idea de motivo legítimo, al decir que los derechos subjetivos “no pueden ser ejercitados sin mas ni mas, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razon de un motivo legítimo”. Y esto es lo que concretaría el carácter abstracto del criterio finalista.

### **1.1.2. El derecho subjetivo y la situación jurídica subjetiva.**

La relación entre el derecho subjetivo y la situación jurídica subjetiva, ha sido una elaboración doctrinal que ha determinado entre estas, una relación de especie a género; o en todo caso; como lo apunta el maestro Fernandez Sessarego, una relación de complementariedad, al señalar: “... el rico y moderno concepto de situación jurídica subjetiva no niega, como no podía ser de otra manera, la existencia del derecho subjetivo; sino que, como está dicho, amplía sus lindes conceptuales para que, en

concordancia con la estructura tanto del ser humano como del derecho, se considere que el derecho subjetivo no es absoluto ....”<sup>24</sup>.

En efecto, el problema fundamental de la noción del derecho subjetivo, ha girado sobre las diversas teorías que lo han tratado de definir; y que han tenido como un denominador común, una visión individualista, estando al momento histórico de su elaboración (Revolución Francesa – Iluminismo y absolutismo de las libertades del hombre) entre ellas, Windscheid y Savigny pusieron de relieve el aspecto voluntarista del titular; es decir, enfatiza al derecho subjetivo como una esfera de poder de una persona en que la voluntad aparece como suprema; Ihering, resaltó el rol del ordenamiento jurídico como protector de los intereses de los sujetos; aquí, no es la voluntad, sino el interés jurídicamente protegido. En atención a ello, se entiende al derecho subjetivo como una situación de poder que el ordenamiento jurídico atribuye o concede a la persona como instrumento de realización de sus intereses legítimos.

No obstante ello, ante el desarrollo iusfilosófico de la teoría del existencialismo, se puso mayor énfasis, en la búsqueda de la naturaleza humana, dentro de una relación coexistencial. Así, se entiende al derecho como una intersubjetividad entre sujetos idénticos a sí mismos en derechos y deberes y de naturaleza social.

Se determinó que, frente a todo derecho, se presenta un legítimo interés, un deber. Consecuentemente, y la figura de la situación jurídica subjetiva aparece como una

---

<sup>24</sup> En: Espinoza Espinoza. Juan. “Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984” Fondo Editorial de la PUCP. Segunda Edición. Mayo 2005. Pág. 79.

nueva categoría capaz de establecer la posición coexistencial del sujeto, revelando la naturaleza bidimensional del hombre, cuando es situado en relación con otros sujetos, vinculándose a través de derechos y deberes atribuidos por el ordenamiento jurídico. Se entiende por situación jurídica subjetiva, a la posición que asume el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico. El derecho subjetivo no es más que una especie de situación jurídica subjetiva de una persona que se halla en una relación jurídica, en virtud de la cual, se le atribuye por norma, la facultad de exigir a otra persona el cumplimiento de un deber jurídico; es decir, una situación jurídica subjetiva activa mas plena.

### **1.1.3. Concepto y elementos del Abuso de Derecho.**

Siguiendo con el orden de ideas expuesto, y adhiriéndonos a las enseñanzas del maestro Fernandez Sessarego, diremos que, el Abuso de derecho es aquella conducta que se convierte en antisocial, cuando al ejercer u omitir un derecho subjetivo, transgrede un genérico deber jurídico, que concreta el valor solidaridad, originando así un acto ilícito sui generis. Sus elementos son:

- Tiene como punto de partida una situación jurídica subjetiva.
- Se trasgrede un deber jurídico genérico (buena fe o buenas costumbres, inspiradas en el valor solidaridad)

- Es un acto ilícito sui generis. (O acto ilícito atípico: Por ser una conducta que contraviene una norma-principio)<sup>25</sup>
- Se agravan intereses patrimoniales ajenos y no tutelados por una norma jurídica específica.
- Ejercicio del derecho subjetivo de modo irregular.
- No es necesario que se verifique el daño.
- Su tratamiento no debe corresponder a la responsabilidad civil, sino a la Teoría General del Derecho.<sup>26</sup>

## **1.2. Teoría de los Actos Jurídicos Procesales**

### **1.2.1. Concepto de Acto Procesal**

Los actos procesales son todas aquellas actividades reguladas por las normas procesales que promueven el inicio, desarrollo y terminación de un proceso. A decir de Devis Echandía, “los actos procesales son simplemente actos jurídicos que inician el proceso u ocurren en él, o son consecuencia del mismo para el cumplimiento de la sentencia con intervención del juez (...) y se distinguen en actos jurídicos procesales y simples hechos procesales, según intervenga o no la voluntad humana (...) debe existir una relación inmediata y directa entre el acto y el proceso para que se trate de actos procesales, porque existen actos jurídicos que pueden servir para el proceso y que, sin

---

<sup>25</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Ilícitos Atípicos*. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Pág. 34.

<sup>26</sup> En: Espinoza Espinoza. Juan. “Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil de 1984” Fondo Editorial de la PUCP. Segunda Edición. Mayo 2005. Pág. 95.

embargo, no son actos procesales, tales como el poder que se otorga a un abogado para demandar u oponerse a una demanda, como el contrato que sirve de título ejecutivo, como el pago que puede ser alegado para demostrar la falta de derecho en el demandante, etc<sup>27</sup>.

Para Francisco Ramos Mendez, viene hacer “fundamentalmente del producto de la actividad de los sujetos que con su acción dan vida al juicio. Es decir, son actos causados casi exclusivamente por las partes y el órgano jurisdiccional. Son actividad humana, agere, que viene determinada por la calidad de las personas, su situación procesal y su signo (acción u omisión)”<sup>28</sup>.

El procesalista español Victor Fairen Guillén, al tocar el tema señala: “Son actos procesales, hechos humanos realizados dentro del proceso con el destino que se verá, son hechos procesales acciones u inacciones humanas sucedidas fuera del proceso, que repercuten en su interior; así, comenzando por la muerte del individuo, que determina, o bien el final automático del proceso penal, si ese individuo era la parte acusada o bien su sustitución si el proceso no era penal; y siguiendo por otras acciones u inacciones sucedidas fuera del proceso, por voluntad de otras personas (guerra, rebelión, etc, fuerza mayor acaecida, voluntariamente por otras gentes) o bien con independencia de cualquier voluntad humana (cataclismo natural, epidemia, etc) todo

---

<sup>27</sup> Devis Echandia, Hernando. “Teoría General del Proceso”. Editorial Universidad. 3era edición. Buenos Aires. Pág. 373.

<sup>28</sup> Ramos Mendez. Francisco. “El sistema procesal Español”. Editorial Bosch. 5ta edición. Barcelona 2000. Pág. 309.

ello, encuentra, naturalmente, caja de resonancia en los proceso y sus consecuencias”<sup>29</sup>

Por otro lado, y tocando el tema de la naturaleza jurídica de los actos procesales, el procesalista chileno Juan Colombo Campbell, señala al respecto: “el acto jurídico procesal singular es aquel que produce sus efectos en un proceso o en alguno de sus equivalentes jurisdiccionales (...) hay acuerdo unánime en la doctrina en el sentido de considerar que el acto jurídico procesal constituye una especie dentro del género de los actos jurídicos comunes y que en tal entendido le son aplicables los principios generales relativos a ellos, a falta de normas especiales que lo regulen. Por tanto, el acto procesal se regirá en primer término por las normas que el derecho procesal contempla y, en subsidio, por las reglas generales del derecho común establecidas para los actos jurídicos en general”<sup>30</sup>

Y finalmente atendiendo a los autores clásicos, el autor mencionado en el párrafo anterior, cita a los siguientes: “Chiovenda, que define al acto jurídico procesal expresando “llámese actos jurídicos procesales a los actos que tienen por consecuencia inmediata la constitución, la conservación, el desenvolvimiento, la modificación o la definición de una relación procesal”. Niceto Alcalá-Zamora afirma que los actos procesales “son expresiones de una manifestación de voluntad relativa al desenvolvimiento del proceso; y los define como las manifestaciones de voluntad o

---

<sup>29</sup> Fairen Guillen, Victor. “Doctrina General del Derecho Procesal”. Editorial Bosh. Barcelona. 1990. Pág. 329.

<sup>30</sup> Colombo Campbell, Juan. “Los Actos Procesales”. Editorial jurídica de Chile. 1era Edición. Santiago de Chile. 1997. Pág. 57.



exteriorizaciones de conducta relativas al desenvolvimiento del proceso, sea cual fuere el sujeto o el interviniente de que provenga”. Redenti a su vez, los define como “aquellos actos que despliegan efectos primarios, directos y específicos, legalmente previstos sobre la institución, sobre el desarrollo o sobre el fin de la relación jurídica procesal”. Eduardo Couture enseña que “por acto procesal se entiende el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o de un tercero ligado al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales”. Jaime Guasp lo define como “Aquel acto o acaecimiento caracterizado por la intervención de la voluntad humana por el cual se crea, modifica o extingue alguna de las relaciones jurídicas que componen la institución procesal”. Prieto-Castro, por su parte, expresa que son actos procesales los que realizan las partes y los tribunales para preparar e iniciar, impulsar y terminar el procedimiento, logrando el fin que el proceso propone”. Para Alsina, los actos procesales son todo acontecimiento que, de cualquier manera, influya en la relación procesal y éstos surgen de la descomposición del proceso, de los distintos elementos que lo integran; el análisis independiente de cada uno de ellos es el acto jurídico procesal. En fin, Goldschmidt los concibe como aquellos actos de las partes y del juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades procesales, cargas procesales o dispensa de cargas”<sup>31</sup>

En nuestra realidad jurídica procesal nacional, específicamente, en nuestra legislación procesal civil, no encontramos definición alguna ni sistematización de los actos

---

<sup>31</sup> Ibidem, Pág. 57 y 58.

procesales ya definidos; solo el artículo 129° del Código Procesal Civil, establece su objeto; dirigido a la constitución, modificación o extinción de derechos y cargas procesales, adhiriéndose en dicho extremo a la teoría de la situación jurídica de Goldschmidt. En tal sentido el concepto, características, requisitos y efectos quedan confiados a lo establecido en la doctrina; por lo que, estando a las definiciones citadas que han sido acogidas por la doctrina nacional<sup>32</sup>; nos adherimos al siguiente concepto de actos procesales, como aquellos actos jurídicos realizados por las partes procesales, terceros con interés; y por el juez o auxiliares de justicia, que tiene como consecuencia o efectos el inicio, desarrollo y conclusión del proceso.

### **1.2.2. Requisitos del Acto Procesal.**

Tal como se menciona líneas arriba, el acto procesal constituye en cuanto a su naturaleza jurídica, una especie del género acto jurídico común; sin que dicha relación pueda controvertir la autonomía de la categoría del acto procesal dentro del mundo del derecho. Siendo ello así, y teniendo en cuenta que nuestra legislación procesal civil, se ha preocupado más de las sanciones de los actos jurídicos procesales, que por los defectos que motivan aquellas; las consideraciones sobre los presupuestos y requisitos de los actos procesales, serán tomados en aplicación supletoria de los establecidos para el acto jurídico común; lo cual permitirá obtener mayores elementos para explicaciones de figuras como la inexistencia procesal, el fraude, el error de derecho; y otras que tiene su fundamentos en la regulación de la teoría del acto jurídico.

---

<sup>32</sup> Monroy Galvez, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I, Themis, Santa fe de Bogotá, 1996.

En tal sentido, los requisitos de existencia de los actos procesales son la voluntad, el objeto, la causa y el cumplimiento de ciertas solemnidades.

La voluntad representa lo querido como hecho psíquico y alcanza valor en cuanto se manifiesta; por lo tanto, la voluntad y la manifestación constituyen una unidad. Es evidente que no puede controlarse la fase interna que genera la voluntad, pero tampoco puede descartarse la trascendencia que el proceso psicológico en la formación de la voluntad tiene en la generación de los actos procesales; muestra de ello, se tiene en caso de procesos fraudulentos o la declaración de testigos falsos; escenario en el cual, hubo una formación de voluntad, pero se decide actuar en contra de lo que debía actuarse. Es decir, existe una distorsión entre la fase interna de la voluntad y la fase externa que constituye el acto procesal propiamente dicho<sup>33</sup>.

Consecuentemente a lo expuesto, la manifestación de la voluntad en el campo de los actos procesales, para que produzca efectos debe ser seria, exteriorizada y libre de vicios (error, fuerza, dolo y fraude) y ello se logra, atendiendo a su regulación, la cual está contenida en normas de derecho público, y por tanto, sólo se podrá hacer en un proceso aquello que la ley permite.

Como se ha anotado, debe existir correspondencia entre la voluntad real y la voluntad declarada o expresada; como elemento de existencia del acto procesal; de no ser así,

---

<sup>33</sup> Op Cit. Pág. 192.

es decir, si hay discrepancia, si el acto se ejecuta sin la voluntad de provocar el resultado, entramos al error; si se realiza con la precisa voluntad de producir un efecto distinto, entramos a la simulación; al fraude o al abuso de los derechos.

En cuanto al objeto del acto jurídico procesal, debemos decir que el mismo consiste en la creación, modificación o extinción de derechos y cargas procesales. Es necesario que exista un petitum determinado y que sea física y jurídicamente posible; es decir debe ser un objeto real. En todo caso, la determinación del objeto de un acto procesal, pasa previamente por la determinación del objeto del proceso en particular, en el cual esta contenido.

La causa del acto procesal es el motivo determinante para lograr el resultado jurisdiccional que se pretende; y que está contenido en el interés o necesidad de tutela jurídica concreta que se solicita. La administración de justicia y el colitante, no pueden estar ligados a un proceso o acto procesal singular, si el sujeto que los provoca no tiene interés en ellos, si no existe causa alguna para su pretensión. Ejemplos de ello, tenemos al proceso simulado, mediante el cual se busca lograr un fin distinto al tutelado por el derecho (sentencia en un proceso reivindicatorio, para eludir el pago de impuestos) o el proceso aparente, seguido por las partes sin fin ilícito, pero innecesario (cobro de crédito que el deudor quiere satisfacer – donde no habría conflicto de intereses, más bien antagonismo)

Las solemnidades son requisitos esenciales de los actos procesales, debido a que estos son actos jurídicos formales y solemnes; es la ley que contiene las diferentes formas que deben cumplirse para exteriorizar un determinado acto procesal. Asimismo, las formas sirven para el buen ejercicio de la función jurisdiccional y brindar seguridad y garantía a los derechos de las partes; sin perjuicio de que, las formas están al servicio de los fines que persigue cada acto procesal en relación al proceso que lo contiene.

Estando a lo expuesto sobre los requisitos de existencia de los actos procesales, determinar que los requisitos de validez de estos, serían, la voluntad exenta de vicios, la capacidad, el objeto lícito, la causa lícita y la concurrencia de ciertas solemnidades.

La voluntad exenta de vicios (error, fuerza y dolo) para la validez de los actos procesales, encuentra excepciones por la aplicación de principios procesales y la defensa de derechos fundamentales del ciudadano. En efecto, respecto al error, la proscripción esta flexibilizada para los actos procesales de parte; ya que, si una parte se equivoca en cuanto a los fundamentos de derecho de su pedido, es deber del juzgador, conforme al aforismo *iura novit curia*, aplicar el derecho que corresponda al caso; y a las diferentes articulaciones del proceso. Respecto a la fuerza, la efectividad del derecho a la tutela jurisdiccional, comprende la ejecución de las resoluciones judiciales, la cual a veces puede necesitar del empleo de la fuerza pública (lanzamientos, embargos, detenciones, etc).

Respecto a la capacidad, en cuanto a las partes, estas no solo deben ostentar la posición de parte procesal, sino que, deben tener la aptitud de disponer los derechos que son objeto del proceso; es decir, no solo deben tener capacidad para ser parte en un proceso, sino también capacidad para el ejercicio de sus derechos procesales, o capacidad de ejercicio. Capacidad Procesal: Capacidad para realizar actos procesales con efectos jurídicos en nombre propio o por cuenta de otro. (Representación o apoderado judicial).

El objeto del acto procesal debe ser lícito, es decir, no contravenir lo establecido en la ley; y contener una prestación física y jurídicamente posible (no podría ser objeto de demanda una pretensión de ejecución de una hipoteca sobre mueble). En cuanto a la causa, se aplica lo mismo señalado precedentemente, adicionando que, no debe contravenir el orden público y las buenas costumbres.

Finalmente, las solemnidades, se refieren a las formalidades que han de respetarse en la configuración de los actos procesales en tiempo, modo y lugar, establecidos en la ley.

### **1.2.3. Clasificación de los Actos Procesales**

Existen tradicionalmente, dos grandes criterios de clasificación: El criterio subjetivo que atiende a los sujetos de donde proviene el acto procesal: Actos de Parte y Actos del órgano jurisdiccional; y, el criterio objetivo o funcional, que atiende a la finalidad del

acto en el desarrollo del proceso: Actos de iniciación, de desarrollo, de conclusión, de impugnación, de ejecución, cautelares, etc.

### **Actos Procesales de Parte:**

Actos de Petición: Es una de las actividades típicas de la parte en juicio. El ejercicio del derecho de acción a través de la demanda, es la petición más importante, ya que, es a partir de ella, en que se fijan los límites del proceso. Asimismo, existen peticiones interlocutorias, de contenido mero procesal, de fondo recursivo, etc.

Actos de Alegación: A través de estos actos las partes aportan al proceso los elementos de hecho y de derecho que servirán de base para el pronunciamiento de fondo; ya que, todas las alegaciones van a constituir objeto de prueba, de controversia, y por tanto objeto del proceso. Son resultado del principio de aportación de parte.

Actos de Prueba: Son las actividades encaminadas a demostrar la realidad de las alegaciones postuladas. Comprenden los actos de ofrecimiento y de actuación de prueba.

Actos de conclusión: Son los que resumen el desarrollo del proceso, presentando al juzgador los hechos controvertidos, las pruebas corroboradas y las consecuencias jurídicas de cada estadio procesal.

## **Actos Procesales del Juez**

La actividad del juez se produce básicamente a través de resoluciones; las cuales pueden adoptar diferentes formas según su finalidad y su objeto.

Resoluciones Administrativas: Son aquellas a través de las cuales el juzgador, ejerce sus facultades de coercitivas y de sanción, a fin de hacer efectivos sus mandatos (imposición de multas, llamadas de atención, apertura de investigaciones disciplinarias, etc)

Resoluciones Jurisdiccionales: Están conformadas por los decretos, autos y sentencias; y cuyo desarrollo nos remitimos al artículo 121° del Código Procesal Civil, por su claridad en este tópico.

Resoluciones Decisorias: Son aquellas que resuelven los planteamientos, peticiones, pretensiones principales y accesorias; presentados en el desarrollo del proceso; a través de los autos y sentencias.

Resoluciones Instructorias: Son aquellos que determinan el curso del proceso en base al principio de dirección del proceso por el juez. Se dividen en actos de impulso, por los cuales el juez ordena que el procedimiento avance por el cauce legal, abriendo plazos, efectivizando la preclusión, dictando medidas para mejor resolver, etc. Y actos de ordenación, que fijan el orden del proceso, a través del orden del procedimiento; ya sea



de forma, estableciendo la sucesión de la actividad procesal; o de fondo, teniendo como base el fondo del litigio; por ejemplo, la dirección del juez para determinar la verdad material de las cosas; a fin de no dejarlo al libre albedrío de las partes que lo acomodarían a sus intereses.

## **2. El Abuso Procesal**

### **2.1. Concepto.**

Es un inadecuado ejercicio de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que puede incurrir cualquiera de los sujetos – principales o eventuales – intervinientes en un proceso civil dado, y que genera consecuencias desfavorables para el autor del abuso”. Afirmar ello “involucra recibir un nuevo principio procesal” que “puede resumirse en lo siguiente: Se encuentra proscrito el abuso del derecho en el proceso civil...”.<sup>34</sup> Así también, se dice que el abuso del proceso es “toda manifestación excesiva, dañosa o perjudicial del comportamiento de una parte en la realización u omisión de un acto procesal que, por la intención de su autor, su objeto, o las circunstancias en que se produce, sobrepasa manifiestamente los límites normales – social y forensemente asentados – del ejercicio o ejecución del mismo, con repercusión desfavorable para la esfera jurídica (o moral) de la contraparte, la marcha regular del

---

<sup>34</sup> Jorge W. Peyrano, citado por: Ruzafa, Beatriz S. El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva. En: Abuso Procesal. Buenos Aires. Editores. 1999. Pág. 257.

procedimiento o para un tercero”<sup>35</sup>. En la doctrina brasileña, se dice que: “El Abuso del Proceso deviene de la teoría civil del Abuso del derecho privado, y se refiere al uso anormal o incorrecto de los derechos, producido en una relación jurídica específica, la relación jurídica procesal (objeto del abuso); relación compuesta por un conjunto de situaciones o posiciones jurídicas subjetivas procesales activas o pasivas (facultades, poderes, deberes intrínsecos) de los sujetos procesales (partes e intervinientes y el juez –Sujetos del Abuso) éstas situaciones son ejercidas dentro de una mayor o menor libertad, como consecuencia de dos límites impuestos a la conducta de los litigantes y que son garantías constitucionales de Legalidad y Libertad. El ejercicio libertino podría crear oportunidades para el abuso del proceso; este abuso del proceso constituye un obstáculo para la efectividad de la instrumentalidad del proceso. El Abuso del proceso no es cualquier violación de reglas procesales; sino, el ejercicio inapropiado, incorrecto o desviado de una situación jurídica procesal correspondiente al titular o agente de la conducta abusiva”.<sup>36</sup>

## **2.2. Abuso del Proceso y Abuso en el Proceso.**

El supuesto del Abuso Procesal, puede presentarse en dos planos, distinguiéndolo entre las nociones de abuso del proceso y abuso en el proceso. El primero supondría abusar del derecho a la jurisdicción, del derecho a acceso a la justicia, del derecho de acción, en el marco de las posibles expresiones:

---

<sup>35</sup> Manuel Lozano-Higuero Pinto. “La buena fe procesal: Consideraciones Doctrinales y jurisprudenciales”. En: El abuso del Proceso: mala fe y fraude de ley procesal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Pág. 77.

<sup>36</sup> Najjar Abdo, Helena. “O Abuso do Processo”. Editora Revista Dos Tribunais, 2007. Pág. 86, 87 y 89.

- a) El proceso innecesario o inútil (cobro de crédito que el deudor quiere satisfacer – donde no habría conflicto de intereses, más bien antagonismo)<sup>37</sup>
- b) El proceso crasamente infundado, donde es evidente la sin razón del actor.
- c) El proceso desviado ( solicitud de quiebra para forzar el cobro individual de un crédito)
- d) El proceso excesivo ( la elección de la vía más amplia, lenta y costosa cuando bastaría otra más breve)

Abuso en el proceso se trata siempre del ejercicio abusivo del derecho de acción, pero parcializado en los diversos momentos de un juicio – en esta aseveración hay polémica en la doctrina, para algunos se trataría aquí del derecho de defensa, más que de la acción propiamente dicha – es decir, todas aquellas conductas de los sujetos procesales que impliquen disfuncionalidad o que importen agravios a la buena fe, lealtad y probidad procesales.

---

<sup>37</sup> Oswaldo Alfredo Gozaini, señala que: “El proceso inútil es un verdadero abuso procesal, es la causante de la fatiga jurisdiccional por la práctica desmedida de sus intenciones y alimento constante del desprestigio profesional”. En: “Temeridad y malicia en el proceso”. Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2002. Pág. 384.

### **2.3. Criterio Identificador.**

Para determinar cuando estamos ante la presencia de un acto procesal abusivo, se han elaborado en la doctrina dos criterios: El subjetivo, que consiste en determinar al acto abusivo a partir de la intención de perjudicar; es decir, con un accionar doloso o culposo; y el objetivo, en el cual, el abuso consiste en un ejercicio contrario a la finalidad que el ordenamiento ha establecido para el acto procesal ejercido. En ambos casos, para la determinación del acto procesal abusivo, es imprescindible de que el mismo haya generado un daño procesal.<sup>38</sup>

De estos criterios, el de mayor aceptación es el criterio objetivo; aquel que prescindiendo de la conducta subjetiva del agente del abuso, sólo califica el acto a partir de su ejercicio antifuncional o inadecuado respecto al ordenamiento que lo tipifica.

Sobre lo expuesto se señala que: “A pesar de que se han elaborado distintas y fundadas tesis alrededor de este instituto, partiendo de la negativa que, como su nombre lo indica, niega que el abuso sea un principio del proceso civil, pasando por la tesis subjetiva, sostenida entre otros por Condorelli, Vescovi, Gozáini y el mismo Guillermo Borda que exige la presencia del elemento subjetivo “intención de dañar”, para que se configure el abuso, prevalece en la actualidad la tesis funcional – que

---

<sup>38</sup> El daño procesal es regulado en la legislación comparada, como el perjuicio causado por la conducta dolosa o culposa (mala fe o culpa grave) de cualquiera de las partes o intervinientes en el desarrollo del proceso. Ejemplo de ello lo tenemos en el artículo 16<sup>a</sup> y ss. Del Código Procesal Civil Brasileño 1973 y el artículo 96<sup>a</sup> del Código Procesal Civil Italiano 1940.

reconoce su origen en los conceptos de Josserand – como criterio identificador del abuso de las vías procesales. De conformidad con este criterio, un acto es abusivo, independientemente de toda intencionalidad dolosa o culposa, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido y causa un daño. Al derecho le es indiferente, una vez discernida la existencia del acto abusivo, si éste fue realizado con intención de perjudicar, con negligencia, imprudencia o impericia: le basta con que la manifestación externa del mismo haya provocado un daño jurídico. Lo expuesto es más amplio que el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe – principio de moralidad- que imponen los códigos de procedimientos, porque este último queda comprendido dentro del principio de proscripción del abuso de los derechos”.<sup>39</sup>

Así también, éste criterio objetivo para la calificación de abusivo de un acto procesal, también encuentra eco en el ámbito administrativo, cuando existen formas de crear o mantener una posición dominante en el mercado pro parte de una empresa; para tal fin, se excluye a los competidores o se retarda su ingreso al mercado, con la utilización de procedimientos administrativos, judiciales o regulatorios, como acciones de amparo defendiendo el medio ambiente, solicitudes sobre nulidad de cambio de zonificación; etc. En ese sentido se señala “en el caso que el ejercicio del derecho de petición no represente un genuino ejercicio de derechos para la participación política de los ciudadanos, en el sentido de no aspirar a conseguir de los poderes públicos la reparación de un agravio del peticionario, sino que, por el contrario, éste ejercicio supone una mera excusa para infringir daños a un competidor en el mercado (..) no

---

<sup>39</sup> Ibidem.

estaríamos en presencia de ningún derechos constitucional (...) la frontera entre la litigación protegida y la que no lo está se cruza, en definitiva, cuando la finalidad del particular no es ganar un juicio favorable frente a un competidor, sino dañarle e impedir a otros, con la propia utilización de procedimientos judiciales o administrativos, con independencia del resultado de los mismos, la posibilidad de utilizarlos”<sup>40</sup>

## **2.4. Clasificación.**

Existen dos tipos de abusos procesales de parte:

- a) El uso del proceso para obtener ilícitamente más de lo que la ley otorga o lo que la ley directamente no concede, y
- b) El empleo de las estructuras procesales para la satisfacción de intereses lícitos pero innecesarios o por un procedimiento que pudo evitarse por otro más simple, o menos oneroso.

En el primer caso se habrá utilizado una estructura lícita regulada por el legislador con el fin de ejercer nuestros legítimos derechos y obtener tutela jurisdiccional efectiva de los mismos, contrariando los fines para los cuales fue creada dicha institución y buscando obtener de manera ilícita un beneficio escudado en una estructura lícita; y en

---

<sup>40</sup> Santiago Álvarez Carreño, citado por Alfredo Bullard y Alejandro Falla. “El abogado del diablo”. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva. En: Ius et veritas. N° 30. año 15. 2005. Pág. 45.

Asimismo, la tesis o criterio objetivo permite distinguir de manera más clara los conceptos de abuso y buena fe; mientras que la buena fe, en su otra cara, la mala fe, necesita la intención de perjudicar o animus nocendi, el abuso no lo exigiría. En efecto, aunque no es lo usual, es posible el ejercicio abusivo de un derecho sin intención de perjudicar.

el otro caso, si bien tendrá un interés lícito, elegirá la vía menos idónea perjudicando a su contraparte y al servicio de justicia en general, ya que dicho accionar también atentará contra la garantía constitucional del debido proceso, alongara innecesariamente el proceso, demorará injustificadamente la tutela efectiva y la satisfacción del derecho violado o desconocido, y también atentará contra el Principio de Economía Procesal.

## **2.5. Sujetos.**

En palabras de Adolfo Gelsi Bidart, “Si nos referimos a los sujetos, que son en definitiva, los que utilizan, y hacen funcionar al medio que emplean (proceso) podría recordarse que el proceso se mueve por, es por, los tres sujetos principales. Por lo cual podrá haber abuso de los tres sujetos principales; o de ambas partes; o de una de ellas; o del propio juez”<sup>41</sup>. Por otro lado, Francesco Cordopatri, señala: “En definitiva, si es oportuno quedarse en el escenario tradicional del abuso y de la responsabilidad desde el punto de vista de la parte; o si es preferible escoger un punto de observación mas correcto y, por lo tanto, mas eficaz, que establezca la hipótesis del abuso a todos los sujetos del proceso, a la parte, el defensor, el juez y el auxiliar de justicia”<sup>42</sup>. Por último, en la doctrina brasileña, Najjar Abdo, señala que: “EL abuso del proceso es

---

<sup>41</sup> Gelsi Bidart, Adolfo. En: Abuso del Proceso. Citado por Vargas, Abraham Luis. El ejercicio abusivo del proceso. En: Abuso Procesal. Buenos Aires. Editores. 1999 Pág. 320.

<sup>42</sup> Cordopatri, Francesco. *L' abuso del proceso*. Tomo I. CEDAM. 2000. Pág. 3.

cometido en una relación jurídica específica, en la relación jurídica procesal, cuyos sujetos son las partes o intervinientes y el juez (Estado)”<sup>43</sup>

Se distingue entre:

- a) Abuso procesal de parte: Que se manifiesta antes de la constitución de la litis mediante la utilización de disposiciones convencionales con consecuencias procesales, o durante el proceso en la demanda y en su contestación, que es la oportunidad en que las partes exponen sus pretensiones, aunque lo hagan con el apoyo técnico de su abogado.
- b) Abuso técnico procesal: Que se produce durante el transcurso del proceso y que en principio es creación exclusiva del abogado, quien lo realiza en el marco de las facultades que le otorga la representación para estar en juicio. Una forma de controlar esto es lo establecido para las facultades especiales, los cuales no se presumen sino atienden al principio de literalidad.
- c) Abuso burocrático del proceso: Que en muchas oportunidades se encuentra ligado al anterior, pero que resulta de la actividad del despacho en el dictado de resoluciones que se alejan del espíritu y de los principios que rigen la materia procesal.

---

<sup>43</sup> Najjar Abdo, Helena. “O Abuso do Processo”. Editora Revista Dos Tribunais, 2007. Pág. 99.



- d) Abuso de Poder: Que se manifiesta en el uso indebido de las facultades que van desde la excesiva ritualidad en las formas, hasta llegar a interpretaciones forzadas de la norma jurídica o trastocando el ordenamiento jurídico correspondiente al Sistema al cual pertenece. En éste punto, existe lo que se conoce modernamente como el exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional, donde la desviación de la función pública de aplicar y proteger el orden jurídico, conllevan aun abuso de poder; y con ello, a una deslegitimación de los órganos jurisdiccionales que lo ejercen. Najjar Abdo, señala al respecto que: “El abuso de las partes es diferente al del juez. El Abuso del juez, que constituye una autoridad en el proceso, está mas ligado a un abuso de poder; ello es así, porque las partes se encuentran siempre en posición de sujeción ante el órgano jurisdiccional”<sup>44</sup>

Como se clasifica, una nota características del Abuso Procesal; es que, comprende como agentes del abuso, no solo a las partes, letrados, representantes – que no obstante, son los de mayor incidencia – sino también las conductas abusivas de los auxiliares jurisdiccionales como secretarios<sup>45</sup>, relatores, auxiliares, etc; y de manera

---

<sup>44</sup>Najjar Abdo, Helena. “O Abuso do Processo”. Editora Revista Dos Tribunais, 2007. Pág. 50

<sup>45</sup> Con respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en la doctrina española se dice: “Así, simplemente, queremos recordar que, si a la luz de la jurisprudencia europea y constitucional, se erige, sin duda, como factor fundamental en la apreciación de la existencia de dilaciones indebidas la sobrecarga judicial de carácter estructural, desde luego un elemento importante en la valoración de la misma es también, junto con otros, la actividad del secretario judicial”. En: Jimeno Bulnes, Mar. Las dilaciones indebidas y el secretario judicial. En: ius et veritas N° 20. 2005. Pág. 282.

particular la conducta abusiva del juzgador, que técnicamente se denomina Abuso de Poder o Exceso en el ejercicio del Poder Jurisdiccional<sup>46</sup>.

Efectivamente, también el juzgador puede ocasionar un daño procesal como resultado de una conducta abusiva, ya sea de manera indirecta al permitir la conducta antifuncional de los demás sujetos restantes en el proceso, o de manera directa al ejercer la función jurisdiccional. Es de advertir que, como sucede con el paralelismo, Abuso Procesal de parte – Principio de Moralidad; en el que éste último es diminuto frente aquel; en el caso de la Responsabilidad Civil de los Jueces, que es una especie de abuso de poder referido a infracción de conductas regladas en el ordenamiento jurídico de índole culposa o dolosa; el exceso en el ejercicio de la jurisdicción se vislumbra hacia situaciones donde el juzgador causa un daño procesal, cuando el desvío se produce a través del ejercicio de potestades discrecionales, o abdicación u omisión de deberes, que distorsionan la finalidad pública de la norma en concreto y la función pública de proteger y aplicar el orden jurídico en general, el cual, no sólo se da a través del cumplimiento de la legalidad formal, sino también y principalmente a través de los principios inherentes a la correcta administración de justicia. Como algunos ejemplos de estas desviaciones tenemos:

---

<sup>46</sup> El exceso de poder significa la utilización de un poder (público) excediendo los límites establecidos en la correspondiente norma que confiere ese poder; que puede referirse a la competencia del órgano, la forma del acto, o el fin del mismo. Para establecer si ha existido un exceso o desviación de poder, es necesario recurrir a los principios que justifican la norma que confiere ese poder; que tratándose de órganos jurisdiccionales, reposarían en última instancia en el interés público de servir a la solución de los conflictos, para alcanzar la paz social en justicia, aplicando el orden jurídico establecido.

- a) Lo que se conoce como el exceso ritual manifiesto, o formalismo que produce una desviación respecto a la finalidad impuesta por el ordenamiento a las formas procesales.
- b) El bilateralismo excesivo, donde se “Abusa” del Principio de Contradicción con traslados excesivos.
- c) Omisiones o abdicación de casos, cuando el juzgador omite aplicar o respetar principios interpretativos o jerárquicos, como por ejemplo omite aplicar el Control Difuso; o por la omisión de resolver el fondo de la litis, por temor a la influencia política o pública, amparándose en la nulidad y produciendo con ello el retrotraer al proceso a una etapa anterior, postergando el pleito; o también cuando en defensa de una estructura procesal, dejan de lado principios más importantes para los justiciables y acarrear morosidad judicial.

## **2.6. Consecuencias.**

Las consecuencias de un acto procesal calificado de abusivo pueden darse en forma alternativa o acumulativa. Así como también, puede darse el caso que el perjudicado, producido el perjuicio, peticione el resarcimiento integral del mismo y, en ese caso, sí deberán concurrir no sólo el dolo o la culpa del autor, sino que habrá de acreditarse el nexo causal entre el daño y la conducta calificada. En el ámbito de las sanciones o consecuencias de un proceder abusivo, pueden darse las siguientes:

- a) La facultad correspondiente no pueda ejercerse válidamente o que, si ya se hubiese concretado, no produzca una situación desventajosa para la víctima de aquél.
- b) La aplicación de sanciones disciplinarias o puramente económicas al abogado, a la parte, al juez, a sus auxiliares o a todos a la vez, según fuere el caso.
- c) La declaración de nulidad del acto y de los que sean su consecuencia inmediata.
- d) La responsabilidad civil adicional por daños y perjuicios emergentes del uso indebido de las vías procesales<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Landoni Sosa, Ángel. *El abuso de los derechos procesales*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal III. Estudio Belaunde & Monroy Abogados. N° 3. Diciembre, 1998. Pág. 105.

## APLICACIÓN DEL ABUSO PROCESAL DE PARTE

### 1. Antecedentes de la regla moral en el proceso.

En cuanto al proceso, existen aspectos moralizadores y religiosos que concurren en todos los sistemas históricos procesales<sup>48</sup>. Con respecto a nuestro trabajo, diremos que, ya desde el derecho romano clásico, existía un principio de moralidad; sin embargo, con la llegada posterior de las corrientes individualistas<sup>49</sup>, la moral se deslindó del derecho; y por ende, la ética en el proceso.

A partir del decaimiento de la moral en el proceso; es que, se desenvuelve con gran importancia el principio dispositivo, mediante el cual, las partes tenían el dominio del desarrollo del proceso y el juzgador sólo le quedaba al final, ser el aplicador de la

---

<sup>48</sup> “En el derecho romano existía la litis infitatio, ius-iurandum calumniae, calumnia iudicium (mendacium, iniusta petitio). En el derecho germánico: juramento purgatorio, juramento de calumnia en el proceso cameral y en el proceso común germánico. En el derecho hispánico: juramento de calumnia o mancuadra, juramento de purificación o purgatorio-simple, reforzado; exportada cultural y normativamente a Iberoamérica de la Real Cédula del 30-1-1794, de Carlos IV, en Aranjuez: Proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada. Esta última regulación se produce durante los siglos XVI, XVII y XVIII; para los pleitos mercantiles de los consulados del reino de Castilla”. Manuel Lozano-Higuero Pinto. “La buena fe procesal: Consideraciones Doctrinales y jurisprudenciales”. En: El abuso del Proceso: mala fe y fraude de ley procesal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Pág. 51.

<sup>49</sup> “Sin embargo, una censura y cambio de orientación hacia una línea despojada de la veta religiosa, se manifiesta en el siglo XVIII, preferentemente en Prusia, con un enfoque ético-político de la buena fe, o probidad procesal, obediente a ideas autoritarias, intervencionistas y racionalizadoras propias del despotismo ilustrado. El iter legislativo racionalizador comienza en 1713, con el Mantelerlass (Decreto de gabán) por el que se imponía a los abogados la obligación de usar, incluso en su vida privada, un gabán negro, a fin de que “pudieran ser reconocidos desde lejos los granujas, para librarse de ellos”; siendo suprimidos los abogados en 1780, por Decreto Real, creándose un sucedáneo de dichos abogados, de carácter estatal, los asesores asistentes. En esta línea se encuentran, luego, diversos cuerpos normativos: el corpus iuris Fredericianum, en 1781, y la Ordenanza General de Tribunales para los Estados prusianos, en 1793. Sin embargo, esta línea ético –política, burócrata-moralizante y autoritaria racionalizadora, fracasó, volviéndose a sistemas que se movían bajo la órbita del derecho francés, liberal y abstencionista, en la ordenanzas de 1833 y 1846”. Ibídem. Pág. 52.

norma en el caso concreto. En tal panorama, se entiende que, el principio de autoridad fue decayendo. En conclusión podemos decir que, dentro del desenvolvimiento histórico del proceso, respeto a la regla moral; sólo hasta el siglo XIX, las legislaciones procesales diversas respondían a una idea liberal del proceso; de carácter abstencionista y segregadora de los contenidos morales, procurando que el estado intervenga lo menos posible en la contienda de las partes.

Sin embargo a fines del siglo XIX y comienzos del XX se verifica una vuelta del principio de moralidad al proceso; ya que, la legislación civil prusiana, que en el siglo XVIII, dio un matiz ético-político de la moralidad en el proceso, no sucumbió del todo, y sus ideas se perpetúan en la ZPO Austriaca de Franz Klein, de 1895; que trae una concepción social-intervencionista del proceso, estableciendo en su parágrafo 178 que proclama el deber de probidad o buena fe, lo siguiente: “Cada parte debe alegar en sus relaciones todos los hechos del caso, necesario para la motivación de sus pretensiones, completa y concisamente conforme a la verdad, ofrecer las pruebas necesarias para el examen de sus manifestaciones, declarar con precisión referente a los hechos alegados por su adversario y sus pruebas ofrecidas, declarar sobre los resultados de las pruebas ofrecidas y discutir en términos claros sobre las aclaraciones correspondientes de su adversario”.

Esta legislación procesal, fue inspiradora de otras posteriores, como la ZPO Alemana en la reforma nazi mediante las leyes de 1933<sup>50</sup> y 1942; en el Proyecto Solmi para Italia de 1937 – que finalmente fue sustituida por el proyecto Grandi y el Código de Procedimiento Civil de 1940. La influencia se propago luego por las legislaciones de Latinoamérica, como el Código de Proceso Civil Brasileño de 1939, perpetuado en el de 1973, vigente actualmente; el Código Argentino de 1968; el de Uruguay de 1989; el Peruano de 1993; etc.

En éste nuevo contexto histórico, se proclama el principio de la Dirección del Proceso por el juez; por lo que, la conducta de las partes ya no regía las reglas del proceso, sino que, el proceso se constituye como un instrumento para alcanzar la justicia; por lo que, las partes deben conducirse con probidad, buena fe y lealtad; entre ellas y para con el juez.

## **2. El principio de la buena fe procesal.**

El desenvolvimiento histórico de la regla moral en el proceso, entre otras cosas, ha tenido que fijar una terminología propia que, de acuerdo a nuestra legislación se da bajo el nomen de principio de moralidad, como el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos intervinientes en un proceso. Sin embargo, su acogimiento en el

---

<sup>50</sup> Parágrafo 138. párrafo 1. inspirado en el proyecto referente a la “Simplificación de la vía judicial” de 1923; en el proyecto para la “reforma del Procedimiento Alemán” de 1928; y en el proyecto oficial de “Nuevo Código de Procedimiento Civil” de 1931. La última modificación de la ZPO ha sido mediante la Zivilprozessreformgesetz, del 27 de julio del 2001, cambiando más de 200 disposiciones; sin embargo, ha mantenido íntegro el parágrafo 138, párr.1.

campo procesal deviene del Principio general de la buena fe, concepto jurídico indeterminado sobre el cual sólo pueden efectuarse meras aproximaciones conceptuales, como aquella que la define como “conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”.<sup>51</sup> Sobre la Buena fe y culpa en el proceso, el maestro italiano Giuseppe Chiovenda, señala, “Al hablar de buena fe en el proceso, puede tenerse presente; la convicción de la parte en cuanto al fondo del pleito; o su modo de conducirse en el pleito. En otros tiempos exigíase de las partes una declaración judicial de que litigaban de buena fe (*juis iurandum calumniae*) tal ocurría en el derecho romano, en el canónico y en sus derivados. Hoy esto se considera una medida inútil o un impedimento excesivo, pero el que litiga de mala fe (con la consciencia de no tener razón: litigante temerario) es responsable de los daños del pleito, no solo de los simples gastos que ocasione la derrota. Lo mismo que cualquiera relación jurídica o social, la relación procesal debe ser regida por la buena fe. Pero no siempre es prácticamente útil que el derecho provea con sanciones al castigo del que se conduce con mala fe en el proceso, porque al querer reprimir con normas generales (de dudosa eficacia) al litigante doloso, fácilmente menoscabaría la libertad del litigante de buena fe, mientras que remitiendo al juez, también por regla general, su represión concedería un excesivo arbitrio al magistrado”<sup>52</sup>

Con todo ello, la tarea más resaltante es la de evitar una transmisión mecánica de instituciones del derecho material al procesal; por lo que, debe buscarse, al margen de

---

<sup>51</sup> Joan Picó i Junoy. “El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional”. En: Abuso del Proceso: mala fe y fraude de ley procesal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Pág. 27.

<sup>52</sup> Chiovenda, Giuseppe. “Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid. Reus, 1992. Pág. 201-202.



los fundamentos éticos o morales de éste principio, su fundamento constitucional susceptible de justificar su adaptación y aplicación en el ámbito procesal.

En ese sentido, la posibilidad de que una acción permitida de acuerdo con un derecho, con reconocimiento legal o constitucional, pueda ir mas allá del alcance justificativo de éste, causando un daño injustificado; es decir, el ejercicio antisocial de un derecho, constituye el basamento para que la buena fe procesal sea un límite intrínseco al ejercicio desbordado de derechos o facultades procesales, como concreciones de derechos fundamentales como el de tutela jurisdiccional efectiva, de defensa, de igualdad, de un proceso sin dilaciones indebidas.

En efecto, si como hemos señalado, el proceso jurisdiccional se configura, atendiendo a su concepción moderna, como aquel instrumento necesario para la efectiva función jurisdiccional del Estado, en la realización del derecho y tutela del orden jurídico; y, que es puesto a disposición de los ciudadanos, para brindarles y asegurarles a éstos últimos, un conjunto de garantías constitucionales a través de una Tutela Jurisdiccional Efectiva de sus derechos e intereses legítimos; evitando la acción por mano propia; existe el especial interés de que el proceso se desarrolle de manera regular, en la forma prevista y para su correcto fin; por lo tanto, una efectiva tutela judicial, rechaza toda conducta maliciosa o desbordada de los sujetos procesales, que persiga o encamine al proceso hacia un fin distinto del acotado. Lo expuesto se condice con una concepción humanística del proceso, en tal sentido se pronuncia el maestro Silva Vallejo, al señalar: “La dimensión humana del proceso, implica una lucha de contrarios,

una lucha que constituye la esencia misma del proceso; la dialéctica de la buena fe, es la implementación orientadora de los intereses en conflicto, la entidad finalística y moralizadora del proceso que dirige y orienta los intereses en conflicto hacia una justa composición. Esta solución planteada nos lleva a una concepción moralizadora del proceso en el que su arquitectura se constituye no a partir de una mera lucha de contrarios en la que no importan la eticidad de los principios; sino, la sucesión escalonada de actos que tienden a un fin adecuado, que es la justa composición de la litis. El proceso es una institución de carácter finalista (tesis de Manuel Jiménez Fernández, Jaime Guasp, Eduardo Couture, Humberto Briseño Sierra) De esta manera el proceso es la *lex continuitatis* del derecho, su efectividad en la experiencia jurídica, con lo que la acción y excepción se despojan del carácter abstracto que propugnaron Ploz, Degenkolb, Wach, Chiovenda (éste último señalaba que exigir la buena fe como condición de la pretensión es un concepto inútil e infecundo porque la facultad de accionar corresponde a todo litigante sin considerar su buena o mala fe: Concepción autónoma del proceso. Esta concepción era denominada por Niceto Alcalá Zamora como un “Trípode Desventacijado”, y por Goldschmidt como “Hipertrofia procesal”); y cobra un sentido axiológico y humano por su orientación hacia valores del derecho”<sup>53</sup>

En resumen, en la medida de que se utilicen facultades o derechos procesales, de manera distorsionada, se estará dificultando la tarea del juez respecto a brindar una adecuada tutela jurisdiccional efectiva.

---

<sup>53</sup> Silva Vallejo, Jose Antonio. “La mala fe en el proceso civil”. Sugestiones para la reforma del ordenamiento procesal civil. Tesis de bachillerato sustentada ante la Facultad de Derecho de UNMSM. Lima. 1960. En: La Ciencia del Derecho Procesal. Editorial Fecal. 1991. Pág. 995, 996 y 997.

No obstante, el evidente fundamento sobre el que reposa el principio de la buena fe procesal, la tendencia respecto a su consagración normativa debería tener un carácter positivo; es decir, estableciéndose las reglas de buena fe, lealtad y juego limpio dentro del proceso; sin embargo, lo que acontece en la realidad positiva es una consagración amplia, genérica de éste principio, como en el caso nacional, que permite estrategias procesales ilícitas, por tener origen en conductas subjetivas de difícil probanza.

Es por ello que, nosotros propugnamos, la aplicación de un nuevo principio procesal que, encuentra su protagonismo a partir de que el supuesto de hecho que le sirve de condición de aplicación, es una figura jurídica que al lado del fraude de ley, se pretende evitar, con la presencia de la buena fe; como es el abuso del derecho<sup>54</sup>. Pero, paradójicamente, al definir sus alcances, el nuevo principio procesal de prohibición del abuso del derecho en el proceso, o abuso procesal; pasa a configurarse como un género común, en el que puede subsumirse conductas típicas del abuso del derecho propiamente dicho (criterio objetivo de antifuncionalidad, en palabras de Josserand)<sup>55</sup> así como, otras prácticas que atienden a un proceso fraudulento, simulado, aparente,

---

<sup>54</sup> “La doctrina civilista suele afirmar que el principio de buena fe protege frente a actos de ejercicio de un derecho que, siendo formalmente ajustados a la legalidad, incurren en alguno de los siguientes supuestos: venir contra los actos propios, incurrir en retraso desleal, o abusar de la nulidad por motivos formales”. Luis Díez-Picazo. *Sistemas de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas. Madrid. 2003. Pág. 143.

Asimismo se dice al respecto que: “Alguna sentencia – así la S. Del 18 de junio de 1979. Ar. 2943 -, considera la interdicción del abuso del derecho como derivada del principio de la buena fe”. Jesús González Pérez. “Buena fe y abuso del derecho: Su reflejo en el proceso administrativo”. En: *Abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Pág. 328.

<sup>55</sup> El punto central del abuso del derecho es la idea de una extralimitación o exceso en el ejercicio de las facultades que el derecho atribuye; es una desviación de la finalidad institucional o función instrumental del derecho, asignado por el ordenamiento jurídico.

fiduciario; que contiene dolo o mala fe en su accionar, y que constituyen una inobservancia de la buena fe procesal<sup>56</sup>.

### **3. El Abuso Procesal como un nuevo principio del proceso civil. Autonomía y Complemento**

Lo regular en la praxis jurídica es que tanto los derechos sustanciales como procesales se ejerzan de manera apropiada, en base a un interés serio y legítimo; sin embargo, como se ha anotado líneas arriba, no se puede soslayar el hecho de que existen – en no pocas ocasiones - de parte de los justiciables, conductas que revelan un ejercicio incorrecto, desviado o abusivo respecto a las finalidades que el ordenamiento jurídico ha otorgado a las facultades o derechos de que son titulares.<sup>57</sup>

En consonancia de lo dicho, en nuestros días, fruto de una labor doctrinal, se ha elaborado un nuevo principio caracterizador del derecho procesal civil, que se denomina “Abuso del Derecho” o adoptando una denominación mas acorde “Abuso Procesal”<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Es preciso anotar que, por hipótesis la falta de buena fe se dirige siempre a la vulneración de un patrón ético de conducta, que tiene como base la confianza en el desarrollo de las relaciones jurídicas entre los sujetos; en cambio, el abuso de derecho, responde a una desviación de la finalidad en el ejercicio de un derecho, que no implica en todos los casos, la infracción de una regla ética o moral. Precisamente por ello es que, la utilización procesal del la interdicción del abuso del derecho, comprende tanto conductas que infrinjan reglas de buena fe, y aquellas que de manera objetiva se tornen excesivas respecto a los límites del derecho que le sirve e fundamento.

<sup>57</sup> José Olimpio de Castro Filho, advierte que: “El proceso es cada vez más un instrumento del abuso del derecho. Es éste, más que todo, un grave problema de probidad profesional, frente al cual no cabe más recurso que darle al juez los medios de prevenirlos y reprimirlos”. Abuso do direito no processo civil, Belo Horizonte, 1955, citado por Claudia P. Torielli. Proscripción del abuso del derecho en el proceso. Pág. 19.

<sup>58</sup> Cordopatri, Francesco. *L' abuso del proceso*. Tomo I. CEDAM. 2000. Pág. 2, señala: “El interés por el tema viene justificado por la necesidad de moralizar el proceso y, en consecuencia, de la urgencia de envolver

Por otra parte, la doctrina ha adoptado distintas posturas respecto al marco que justifica la aplicación del Abuso de Derecho como Principio del Proceso. Algunos autores niegan que exista la autonomía de tal principio y sostienen que el tema del abuso de los derechos está inscrito en el marco de la teoría general del Derecho, significando que la tesis de referencia no es de pertenencia exclusiva del Derecho Civil, y, por ende, según estos autores nada impedirá que exista abuso del derecho en cualquier rama.

Otros autores, señalan que no hace falta recurrir a una teoría que provenga del derecho sustancial, cuando las soluciones pueden encontrarse a través de los principios de Moralidad y Economía. Es decir, existen voces que contradicen su aplicación y postulan que no es sugerente traer del derecho sustantivo, instituciones – como el abuso del derecho – al campo procesal; máxime, si en éste, se tiene instrumentos que realizan la misma función que contiene la prohibición del abuso en el proceso; como son: La figura de un juez con facultades coercitivas, multas, poderes preventivos del juez, etc.

Sobre la última corriente, se señala: “en efecto no es necesario –desde mi punto de vista- traer nuevos baldes de agua desde el derecho sustantivo (desde donde vienen incluso algo agujereados) para apagar los incendios procesales civiles (ejercicio abusivo del y en el proceso) siendo que en nuestra propia casa (la legislación adjetiva)

---

los efectos éticos del instrumento de tutela del derecho sustancial, a todos los partícipes, a la parte, defensor, juez y auxiliares de justicia. Por tanto, la problemática del abuso del proceso, ciertamente es muy amplia y compleja”.

tenemos un obrero bien pago (el juez como director del proceso, figura ya distinta del viejo elector de la clásica procesalista) presto a actuar con todo el rigor que le permiten las mas modernas herramientas (sus poderes-deberes preventivos y sancionadores de las inconductas procesales, y los consecuentes deberes – de lealtad, probidad y buena fe – de las partes que ingresan al escenario judicial) para solucionar la dificultad (léase, aplicación de las típicas responsabilidades: civil-indemnización de daños y perjuicios- ,penal-en su caso-,administrativa dentro del litigio-sanciones disciplinarias, multas- y fuera de él – ante los colegios de abogados respectivos)”<sup>59</sup>

Por su parte existen aquellos que postulan como fundamento del Abuso Procesal, al principio de moralidad, al decirse: “ya entre nosotros y mucho más explícitamente, otro reputado procesalista, Alberto Luis Maurino, derechamente alude al principio de moralidad como fundamento del abuso del proceso, preocupándose lisa y llanamente por la búsqueda de las normas procesales que pueden dar basamento legal al abuso del proceso o abuso del derecho en el proceso, esgrimiendo que luego de realizado dicho estudio sólo cabe arribar a la conclusión de que ellas nacen, cuando se consagra legislativamente el principio de moralidad”<sup>60</sup>

En la otra orilla, se encuentran aquellos que establecen la importancia del desarrollo autónomo de este nuevo principio procesal. Cuando se establece que el abuso de

---

<sup>59</sup> Vargas, Abraham Luis. El ejercicio abusivo del proceso. En: Abuso Procesal. Buenos Aires. Editores. 1999 Pág. 307.

<sup>60</sup> Alberto Luis Maurino, citado por: Vargas, Abraham Luis. Ibídem. Pág. 312.

derecho puede operar en el campo procesal, definiéndolo como “un inadecuado ejercicio de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que puede incurrir cualquiera de los sujetos – principales o eventuales – intervinientes en un proceso civil dado, y que genera consecuencias desfavorables para el autor del abuso”. Afirma que ello “involucra recibir un nuevo principio procesal” que “puede resumirse en lo siguiente: Se encuentra proscrito el abuso del derecho en el proceso civil...”.<sup>61</sup> Así también, se dice que el abuso del proceso es “toda manifestación excesiva, dañosa o perjudicial del comportamiento de una parte en la realización u omisión de un acto procesal que, por la intención de su autor, su objeto, o las circunstancias en que se produce, sobrepasa manifiestamente los límites normales – social y forensemente asentados – del ejercicio o ejecución del mismo, con repercusión desfavorable para la esfera jurídica (o moral) de la contraparte, la marcha regular del procedimiento o para un tercero”<sup>62</sup>.

Asimismo se expone lo siguiente: “los principios procesales no son absolutos y por lo tanto no se excluyen entre sí, sino que es posible la coexistencia dentro de un mismo sistema procesal de principios aparentemente contradictorios, que prevalecerán unos sobre otros, según el trámite de que se trate y las necesidades del litigio (...) después de esta introducción, estoy en condiciones de afirmar que: El principio de proscripción del ejercicio abusivo de los derechos procesales es general y autónomo. No es consecuencia de ninguno de los principios conocidos sino que, por el contrario, los

---

<sup>61</sup> Jorge W. Peyrano, citado por: Ruzafa, Beatriz S. El abuso del derecho y la conducta procesal abusiva. En: Abuso Procesal. Buenos Aires. Editores. 1999. Pág. 257.

<sup>62</sup> Manuel Lozano-Higuero Pinto. Op. Cit. Pág. 77.

comprende a tal punto que casi siempre, con cada ataque contra cualquiera de ellos, se produce además una situación de abuso procesal. Es un principio de principios”.<sup>63</sup>

Por otro lado, para determinar cuando estamos ante la presencia de un acto procesal abusivo, se han elaborado en la doctrina dos criterios: El subjetivo, que consiste en determinar al acto abusivo a partir de la intención de perjudicar; es decir, con un accionar doloso o culposo; y el objetivo, en el cual, el abuso consiste en un ejercicio contrario a la finalidad que el ordenamiento ha establecido para el acto procesal ejercido. En ambos casos, para la determinación del acto procesal abusivo, es imprescindible de que el mismo haya generado un daño procesal.

De estos criterios, el de mayor aceptación es el criterio objetivo; aquel que prescindiendo de la conducta subjetiva del agente del abuso, sólo califica el acto a partir de su ejercicio antifuncional o inadecuado respecto al ordenamiento que lo tipifica.

Sobre lo expuesto se señala que: “A pesar de que se han elaborado distintas y fundadas tesis alrededor de este instituto, partiendo de la negativa que, como su nombre lo indica, niega que el abuso sea un principio del proceso civil, pasando por la tesis subjetiva, sostenida entre otros por Condorelli, Vescovi, Gozáini; y el mismo Guillermo Borda que exige la presencia del elemento subjetivo “intención de dañar”,

---

<sup>63</sup> Balestro Faure, Miryam. La Proscripción del abuso de los derechos procesales. En: Abuso Procesal. Buenos Aires. Editores. 1999. Pág. 146.



para que se configure el abuso; prevalece en la actualidad la tesis funcional – que reconoce su origen en los conceptos de Josserand – como criterio identificador del abuso de las vías procesales. De conformidad con este criterio, un acto es abusivo, independientemente de toda intencionalidad dolosa o culposa, cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido y causa un daño. Al derecho le es indiferente, una vez discernida la existencia del acto abusivo, si éste fue realizado con intención de perjudicar, con negligencia, imprudencia o impericia: le basta con que la manifestación externa del mismo haya provocado un daño jurídico. Lo expuesto es más amplio que el deber de actuar con lealtad, probidad y buena fe – principio de moralidad- que imponen los códigos de procedimientos, porque este último queda comprendido dentro del principio de proscripción del abuso de los derechos”.<sup>64</sup>

En la doctrina nacional el profesor Morales Godo, se inclina por la tesis objetiva al señalar: “... *En este punto se perfila el abuso del derecho en el campo procesal. Si bien la expresión temerariamente denota un extremo de conducta carente totalmente de todo sustento, que debe ser reprimida por el juez, también puede ocurrir situaciones en las que sin llegar a dicho extremo, represente un abuso en el ejercicio de los derechos que el código concede a las partes y abogados. Si bien el código no menciona en forma expresa; debe tenerse en consideración toda vez que ha sido recogida por la Constitución Política de 1993. Los derechos no pueden ser ejercidos en términos absolutos, sin contemplación de ninguna clase, sino que deben responder a las*

---

<sup>64</sup> Balestro Faure, Miryam. La Proscripción del abuso de los derechos procesales. En: Abuso Procesal. Pág. 146.

*finalidades para las que fueron instituidos. Si en el ejercicio de los derechos procesales, se excede el titular transgrediendo la finalidad de la norma, creando una situación de injusticia, estaremos frente al abuso en el ejercicio del derecho que nuestro sistema jurídico reprueba*<sup>65</sup>. En la doctrina comparada comparten la tesis subjetiva Cordopatri<sup>66</sup>, Picó<sup>67</sup> y Landoni Sosa<sup>68</sup> y la tesis objetiva, Antonio Martín Velarde<sup>69</sup> y Helena Najjar Abdo<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Morales Godo, Juan. "Instituciones de Derecho Procesal". Palestra Editores. 1era edición. Lima 2005. Pág. 45 y 46.

<sup>66</sup> Señala: "En definitiva, la historia mostrará que la responsabilidad procesal simple y agravada, tiene como presupuesto (...) en la violación culposa o dolosa de un deber u obligación realizada por la parte; o en la irregularidad culposa o dolosa del ejercicio de un poder o de una facultad en el transcurso del proceso". Cordopatri, Francesco. *L' abuso del proceso*. Tomo I. CEDAM. 2000. Pág. 5.

<sup>67</sup> "Respecto al abuso del derecho, sus características son uso objetivo y externamente legal de un derecho, por lo que, no hay abuso cuando simplemente se pretende el ejercicio extralimitado del mismo; excepcionalidad y carácter manifiesto; así como, animus nocendi". Abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Pág. 76.

<sup>68</sup> Landoni Sosa, Ángel. *El abuso de los derechos procesales*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal III. Estudio Belaunde & Monroy Abogados. N° 3. Diciembre, 1998. Pág. 113.

<sup>69</sup> "La noción de abuso del proceso se puede expresar en la siguiente fórmula: EL ejercicio o cumplimiento de los deberes procesales por las partes litigantes de forma incorrecta o con desviación de las finalidades instrumentales para las que tales derechos o deberes son reconocidos en el ordenamiento jurídico (...) El concepto elaborado acoge una concepción amplia del abuso del proceso, que permite integrar dentro del mismo tanto el ejercicio exorbitante de los derechos y deberes procesales consciente e intencionado, como los comportamientos de las partes que objetivamente se han desviado de la finalidad institucional del derecho o deber ejercitado, aunque no exista o no conste tal elemento intencional. En suma: el elemento subjetivo de la conciencia o intención de abusar puede concurrir en el abuso del proceso, pero, en la construcción que proponemos, no forma parte del mismo como requisito integrante". Abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2006. Pág. 174 -176.

<sup>70</sup> Al respecto la autora brasileña señala: "El abuso se manifiesta cuando el acto es practicado con desvío de la finalidad del acto o derecho, en desprestigio de la instrumentalidad del proceso o medio procesal. A este criterio del desvío de la finalidad, en el que caben denominaciones como proceso con destino anormal, proceso con finalidad impropia o derechos ejercidos de modo disfuncional; se debe adicionar otros elementos que serán analizados en cada caso; como: Falta de seriedad del acto, Ilícitud o ilegitimidad del agente, Lesividad a la administración de justicia y Dolo o culpa". En: "O Abuso do Processo". Editora Revista Dos Tribunais, 2007.

Nuestra posición es que, la aplicación del Principio de Moralidad, que se dirige a combatir conductas a partir de una calificación de índole subjetiva, básicamente con base en el dolo o la mala fe; que resultan de difícil probanza, o en todo caso, de actos repetitivos, que dilatarían necesariamente el desarrollo del proceso; se torna inoficiosa y contraproducente con el fin que se busca alcanzar: Evitar un daño procesal.

Es por ello, que en el contexto desarrollado, constituye una necesidad la aplicación del Principio de Prohibición del Abuso Procesal, por adquirir relevancia práctica su tesis funcional que reconoce como criterio identificador del abuso, aquel acto que independiente de toda injerencia dolosa o culposa, se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido. Esto supone como único requisito que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico.

Esta tesis es más amplia que el Principio de Moralidad, que impone el deber de actuar con lealtad, buena fe, probidad y veracidad, pues éste sólo permitiría sancionar las conductas dolosas o culposas. En tal orden de ideas es necesario definir al daño procesal como aquello que siempre produce una dilación innecesaria e injustificada del proceso, un alongamiento en la duración de la tramitación del juicio que perjudica a la parte abusada y por ende a su debido proceso

Finalizaremos señalando, que aplicando el enunciado genérico del Principio de la prohibición del Abuso procesal, que trasciende de un contexto subjetivo o moral, encontramos diversas posibilidades de violación de los derechos procesales, actos

abusivos sobre los cuales pueden diseñarse una calificación: culpa, dolo, fraude, desobediencia, temeridad, malicia, mentira, etc. Esta posibilidad de singularizar se utilizaría para graduar las conductas y su respectiva responsabilidad según la gravedad del abuso cometido. Hay que recordar que el abuso en el ejercicio de un derecho implica siempre un acto materialmente jurídico – el objeto sobre el que recae está dentro de los límites del derecho objetivo – pero formalmente antijurídico en atención al fin.

Es por ello que, su fundamento no puede recaer en parámetros generales, que son a los que se circunscribe el principio de moralidad; sino que trasciende hacia una base consustancial a la idea de justicia que identificará aquellas innumerables conductas que la vulneren.

Así nos explica Carlos Daniel Pastor cuando señala “Sin embargo, creo que el abuso del derecho y el abuso del proceso si encuentran fundamento en el orden jurídico para ser sancionados. Ello porque entiendo que son consustanciales con la idea de justicia, y en virtud del Preámbulo de la Constitución es uno de los fines de la organización del Estado afianzar la justicia. Para ello, parto de un principio básico que es el derecho inalienable del ser humano “a no ser injustamente dañado”, que esta por encima incluso del deber de no dañar a otro. Este principio está inmanente en el orden jurídico como idea de realización de justicia al caso concreto”<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Pastor, Carlos Daniel. El Abuso Procesal En: Abuso Procesal. Buenos Aires. Editores. 1999. Pág. 66.

#### **4. Derecho de Acción. Teorías sobre la Acción. Concepto.**

El Estado mantiene el monopolio de la administración pública (jurisdicción) ya que los ciudadanos no pueden tomarla y ejercerla a su voluntad; así, es el estado el encargado de esta función pública, la cual, como ya señalamos, se realiza a través o por medio del proceso, pero para que el estado pueda ejercer su función mediante la tramitación de un proceso, se requiere que el individuo solicite la tutela jurídica, ya que el proceso funcionará en la medida que la parte lo inicie, todo en función de los principios romanos “nemo iudex sine actore” y “ne procedat iure ex officio”, y ese ejercicio o iniciativa de reclamar el poder o la tutela jurisdiccional es denominado acción.

El vocablo acción proviene del latín actio, que significa ejercer, realizar, el efecto de hacer, posibilidad de ejecutar alguna cosa.

En el ámbito jurídico, la palabra ha tenido diversas acepciones; así, encontramos la acción utilizado para referirse a la realización de un hecho punible; para diferenciar las diversas ramas de derecho, bien procesal, laboral, penal, de niños y adolescentes, contencioso administrativo; para determinar la clase de derecho material que se hace valer en el proceso, tales como acción reivindicatoria, acción posesoria, de nulidad entre otras; suele utilizarse según la persona o los bienes, acción real o personal.

Sin embargo, es incorrecto estas denominaciones; ya que, como está mayoritariamente aceptado en la doctrina, la acción es un derecho continente y no de contenido. Existen diversos conceptos extraídos de la doctrina comparada sobre lo que se entiende por

acción<sup>72</sup>. No obstante ello, en simples y concretas palabras del procesalista argentino Jorge W. Peyrano, la acción *es el derecho de cualquiera, de demandar a cualquiera, cualquier cosa y cualquiera fuere la razonabilidad del pedido.*<sup>73</sup>

La naturaleza jurídica de la acción ha tenido profunda evolución en la historia del pensamiento procesal, partiendo desde la concepción romana que la comprendía dentro del derecho material, hasta las modernas corrientes doctrinarias que la tiene como un derecho autónomo e independiente desligado del derecho privado de la persona en particular.

## TEORIAS SOBRE LA ACCIÓN

### Teoría Clásica o Monista:

Según esta tendencia, la acción constituye solo un elemento del derecho sustancial, relacionándose la idea de la acción con la de lesión de un derecho sustancial, concibiéndose, como un poder inherente al derecho subjetivo de reaccionar contra la lesión.

---

<sup>72</sup> Para Enrique Véscovi, la acción consiste en el poder abstracto de reclamar determinado derecho ante la jurisdicción, y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle movimiento, de poner en marcha el proceso, por lo que en definitiva quien ejerce el poder tendrá respuesta: la sentencia. Para Hernando Devis Echandía, es un derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural y jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante sus sentencias, a través de un proceso, o para pedir que se inicie la investigación penal previa al proceso. Para Eduardo J. Couture, la acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión.

<sup>73</sup> PEYRANO, Jorge W. “El Proceso Atípico”. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1993. Pág. 49.

### Teoría de la Acción Autónoma o Autonomía de la Acción:

Tras las críticas que se formularon a la doctrina clásica o monista, dentro de las cuales se destacó fundamentalmente que la actuación de la jurisdicción podía surtir en su totalidad por la realización del proceso, y a pesar de ello, no ser reconocido el derecho reclamado por el accionante, como resultado de la sentencia adversa, se comienza a desligar conceptualmente la acción del derecho sustancial, y al efecto, se trazan dos corrientes, la primera trata la acción como un derecho autónomo concreto, y la segunda, que la concibe como un derecho autónomo abstracto. Para el estudio de la teoría de la acción como un derecho autónomo concreto, previamente debemos referirnos a la polémica desatada entre Bernard Windscheid y Theodor Müther, donde tiene origen las Teorías autónomas del derecho de acción.

En ese sentido, el profesor Alemán Windscheid, en el año 1856, publica su obra “La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual”, donde expresó que mientras en Roma la acción era el derecho, en Alemania, el derecho era primero que la acción, pero además, esa acción romana era el *anspruch* o pretensión material, concebida como el reclamo de la prestación debida cuando ha de trasladarse al proceso. Sostuvo que toda violación o desconocimiento de un derecho sustancial, producía una pretensión a favor del lesionado y en contra del violador, para obtener de esta manera, el resarcimiento del daño o la satisfacción de la obligación, pretensión que podía obtenerse en forma espontánea, cuando quien había dado lugar a ella reparaba el daño o pagaba lo debido; o en todo caso contrario, a través de la actuación de la jurisdicción por lo que la pretensión material, se convertía en acción.

De esta manera, Windscheid descubre el derecho de pretensión material, la cual confundió con la acción, ya que la reclamación de la pretensión debida, era el equivalente a la actio romana.

Tras ésta teoría, en el año de 1857, el también profesor alemán Theodor Müther, publica su obra “La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar”. En éste trabajo el autor, desliga en forma definitiva la acción del derecho civil, pasando a formar parte del derecho procesal, concebido como un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene tutela jurídica que se dirige, de una parte, contra el estado, quien es el obligado, para lograr una sentencia favorable; y de otra, contra el demandado, a fin de obtener el cumplimiento de una prestación insatisfecha, por lo que la actio romana no era algo equiparable a la Anspruch, era el derecho de obtener la fórmula de manos del pretor o magistrado. Señala que la acción es un derecho singular que existe junto al otro como protección; por lo que, con la violación del derecho originario, se tienen dos derechos de naturaleza pública, como lo son: 1) El derecho del lesionado frente al estado para la obtención de la tutela estatal; 2) El derecho del Estado contra el autor de la lesión, para obtener la reparación de la violación. Sin embargo; y a pesar de que ésta teoría comprendió que contradecía la teoría de Windscheid, como lo señala la doctrina comparada, pasa a integrar o complementar la figura del Anspruch, al señalar que obra en dos direcciones: Una dirigida al Estado, y la otra dirigida hacia el deudor para que cumpla con la obligación contraída.



### Teoría Concreta de la Acción

Esta teoría fue expuesta por el profesor alemán Adolf Wach, en sus obras “Manual de Derecho Procesal Civil” de 1885 y “La acción de declaración” de 1888. Según esta teoría la acción es un derecho autónomo y diverso del derecho sustancial; subjetivo, dado que uno de sus sujetos pasivo es el estado; concreto, pues se encuentra referido con vínculo definitivo conceptual al derecho sustancial, dirigido contra el demandado, y además porque no corresponde a cualquier persona, sino al titular del derecho sustancial controvertido, siendo el Estado el destinatario de la acción, ya que de él deriva la tutela pretendida.

Las Teorías de Windscheid, Müther y Wach, se fundan en una misma premisa, constituyendo eslabones de la acción que la sitúan cada vez en un plano más alto, ubicándola en el campo del derecho público como un derecho subjetivo, pero siendo criticadas por colocar el interés individual por encima del interés colectivo o público, ya que el estado está en la obligación de ejecutar una pretensión a favor del ciudadano, concretamente el demandado.

### Teoría Intermedia de la Acción

Esta teoría es sostenida por Oscar Von Bülow, quien en su obra “La Teoría de las Excepciones procesales y los presupuestos procesales”, concibe la acción como un derecho a obtener una sentencia justa, convirtiéndose de esta manera en una teoría intermedia, donde se considera a la acción como un derecho concreto a la obtención de una sentencia favorable, y abstracto, que solo ve en ella una simple facultad jurídica.

### Teoría Abstracta de la Acción

En esta teoría se supera la tesis que pregona a la acción como derecho concreto, y concibe la acción como un derecho totalmente autónomo e independiente del derecho sustancial, tiene como finalidad, la obtención de una sentencia, sea esta o no favorable al demandante; por lo que, existe un distanciamiento del resultado del proceso, estructurándose como un derecho abstracto, genérico, universal, siempre el mismo, cualquiera que sea la relación jurídica sustancial que origina el proceso.

De esta manera, bajo esta nueva concepción se dota de autonomía propia a la institución de la pretensión procesal, la cual es concebida como aquel derecho concreto que se dirige contra el demandado, el cual variará, según el derecho sustancial debatido.

### Teoría de la Acción como facultad o poder

Esta teoría concibe la acción como un poder o facultad que tiene todo sujeto de derecho, de solicitar del Estado su poder de jurisdicción.

Sobre esta teoría, explica el maestro uruguayo Eduardo J. Couture, al referirse a la naturaleza del derecho de acción, que el mismo es de carácter cívico inherente a todo sujeto de derecho en su condición de tal; siendo el mismo derecho constitucional de petición a la autoridad, consagrado en la mayoría de las Constituciones vigentes, por lo que la acción vendría a ser una especie dentro del género de los derechos de petición, puesto que el derecho constitucional de petición no es otra cosa que el derecho de comparecer ante la autoridad. Explica Couture, que históricamente la acción había sido

confundida con otros poderes jurídicos o facultades a las cuales se les daba el mismo nombre, por lo que la acción es un poder<sup>74</sup>, ya que compete a todo individuo como tal, por ser una emanación de su personalidad, el cual se contrae a poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado, con el fin que se realice el proceso.<sup>75</sup>

Con todo lo expuesto, podemos decir que *la acción es un derecho anterior al proceso, subjetivo, público, autónomo y abstracto; que constituye una atribución ejercitable ante el Estado (de ahí lo de público) personificado en la figura del juez, en virtud de la cual se puede reclamar la puesta en marcha del mecanismo jurisdiccional a fin de que con ello se preserven los derechos materiales lesionados o amenazados de los justiciables. Como lo dijéramos en la primera parte del capítulo es un derecho abstracto; es decir, continente y no de contenido, promoviendo un proceso y a que en el mismo recaiga resolución, nada más. No es un derecho a algo concreto, sino a ser escuchado en los estrados judiciales. Es autónomo, ya que obedece a que se trata de un derecho independiente del derecho subjetivo material que se desea mantener incólume mediante el ejercicio de la acción. De ahí que resulte posible que quien no cuenta con razón para promover un proceso, por no disfrutar del derecho material que invoca,*

---

<sup>74</sup> “La acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión”: Eduardo. J. Couture. “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. 3era edición. De Palma. Buenos Aires. Pág. 57.

<sup>75</sup> KELLEY HERNÁNDEZ, Santiago A. “Teoría del Derecho Procesal”. Edición Impre-Jal. Guadalajara. 1997 en <http://www.monografias.com/>.

*igualmente pueda ejercitar su derecho de acción generando así un proceso que desembocará en una sentencia desfavorable.*<sup>76</sup>

## **5. El Derecho de Contradicción.**

El derecho de contradicción<sup>77</sup>, como manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, es aquel derecho que le permite al emplazado en juicio, exigir al órgano jurisdiccional le preste tutela jurídica; su objeto y fin, al igual que el derecho de acción, se circunscribe a la obtención de una tutela abstracta a través de una sentencia justa y legal; y la satisfacción del Interés público en una buena justicia.

Sin embargo, y en esto radica su peculiaridad respecto al derecho de acción; en el se identifica con mayor nitidez, uno de los rasgos del derecho a un Debido Proceso, como es el derecho de defensa<sup>78</sup>. En ese orden de ideas, el derecho de contradicción se fundamenta en dos principios: “El que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados en el proceso, para el ejercicio del derecho de defensa, en igualdad

---

<sup>76</sup> PEYRANO, Jorge W. “El Proceso Atípico”. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1993. Pág. 48.

<sup>77</sup> En palabras de Devis Echandía: “Es el derecho a obtener la decisión justa del litigio que se le plantea al demandado o acerca de la imputación que se le formula al imputado o procesado, mediante la sentencia que debe dictarse en ese proceso, luego de tener oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias, para defenderse, alegar, probar e interponer los recursos que la ley procesal consagre. Ni siquiera la ley puede desconocer este derecho, pues sería inconstitucional”: Teoría General del Proceso. 3era edición. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1997. Pág. 206.

<sup>78</sup> El derecho de defensa, en sentido general lo entendemos, como la facultad que se tiene en un determinado proceso, para interponer o ejercitar todos los medios u oposiciones que la ley dispone, para hacer valer los derechos e intereses puestos en controversia. Esta es una noción que vale tanto para el demandado como para el demandante. “Desde este punto de vista, el derecho constitucional de defensa contiene tanto el derecho de acción como el derecho de contradicción, es decir, de gozar de las mismas oportunidades de defensa procesal”. En: Devis Echandía, Hernando. Derecho y Deber de jurisdicción, y la igualdad de las personas ante aquella y en el proceso. En: Ius et Veritas. N° 10. Pág. 15-20.

de oportunidades y derechos; y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo<sup>79</sup>.

En consecuencia, aparece que, para que un proceso determinado, sea considerado “debido”; y consecuentemente “efectivo”; debe de respetarse el ejercicio del derecho de defensa; pero dentro del derecho de contradicción, no se trata que el ordenamiento procesal, establezca una estructura para una intervención efectiva del demandado en el proceso – lo que se encuentra reñido con la concepción de carga procesal -, sino de darle al demandado la OPORTUNIDAD, la EVENTUALIDAD de la defensa; ya que, a priori no puede restringirse las razones que tuviera el demandado para defenderse; como bien apunta Eduardo J. Couture, al decir: “Para oponerse a una demanda no se necesita tener razón. El demandado también puede actuar con conciencia de su sin razón y oponerse a una demanda fundada. Pero su razón o falta de razón no pueden ser juzgadas en el transcurso del proceso, para detener o no dar andamio a su oposición, sino que se actúa como si el derecho a oponerse fuese perfecto, hasta el momento de la sentencia (...) Entre la libertad de acudir a la autoridad de parte del actor y la libertad de defenderse del demandado, existe un paralelismo tan íntimo que constituye la estructura misma del proceso”<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Ibidem. Pág. 205.

<sup>80</sup> Couture, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3era Edición. De Palma. Buenos Aires 1993. Pág. 95 y 97.

## **6. Principales Manifestaciones del Abuso Procesal de Parte.**

Se produce cuando quienes en su condición de titulares de los derechos de acción y contradicción acuden al proceso de modo innecesario o se comportan en él de un modo contrario o diverso de los fines funcionales del mismo. El actor, cuando ejerciendo su derecho de acción, pretende obtener el reconocimiento judicial de un derecho en conocimiento de que éste no le asiste, o cuando invoca un proceso sin necesidad alguna, sin haber agotado la vía extrajudicial, o cuando debiendo acudir al proceso elige el comportamiento mas moroso o engorroso o aquel que económicamente resulte más lesivo o dañino al accionado. El demandado, cuando en ejercicio del derecho de contradicción abusivamente se resiste a la demanda, cuando niega sin razón, cuando opone excepciones carentes de apoyo fáctico y jurídico, cuyo único objeto no es demostrar la carencia de justicia del reclamo del actor; sino evitar sin ninguna justificación el progreso del proceso. En ambos casos se atenta contra la vigencia de los principios procesales de economía y celeridad, y consecuentemente con el Principio de Solidaridad y cooperación con los fines públicos del proceso.

### **Parte demandante.**

Entre las conductas desviadas más notorias de la parte demandante, tenemos:

**Demanda:** Es el acto procesal por el cual un justiciable materializa el ejercicio de su derecho de acción, acudiendo al órgano jurisdiccional a fin de que éste le brinde tutela

jurisdiccional respecto a una o más pretensiones que plantea. Su finalidad u objeto es que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la petición o pretensión concreta que contiene; estimándola a fin de que se ordene al demandado un hacer o un no hacer; y con ello, poniendo término jurídico al conflicto de intereses. Sin embargo, existen casos en los cuales se presentan demandas que con una finalidad u objeto distinto al establecido, como son: Demandas innecesarias (donde no existe conflicto de intereses) excesivas (cuyo petitorio constituye la vía mas onerosa, amplia y dañina para el demandado, entre una serie de alternativas, para la satisfacción de la pretensión) desviadas (donde con la postulación de una pretensión determinada respecto a su normatividad sustancial, se persigue un fin distinto a dicha normatividad y de naturaleza extraprocesal)

Medidas Cautelares: El empleo de medidas cautelares, por los justiciables, constituyen uno de los actos procesales en los que más se incurre en abuso; desde un punto de vista externo, como correlato del derecho de acción ( en donde puede ser temeraria o innecesaria); sino a un aspecto interno<sup>81</sup>. Por ejemplo, existen solicitudes de medidas cautelares, concedidas sobre varios inmuebles del demandado, a efectos de garantizar el pago de una prestación alimenticia, cuya suma puede muy bien ser garantizada por el gravamen de sólo uno de los bienes; pero que por el contrario, el demandante divide la suma total de su crédito, y las partes resultantes las asigna a cada inmueble afectado.

---

<sup>81</sup> En la doctrina nacional, este extremo ha sido verificado por los profesores Nelson Reyes Ramírez, en: “El abuso de las medidas cautelares”. Derecho Procesal. *III Congreso Internacional*. Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima. Lima. 2005. Pág. 305. Y Marianella Ledesma Narváez, en: “El abuso procesal en la medida cautelar: Apuntes para la búsqueda de un procedimiento justo”. Advocatus. 12. Lima. 2005.

En esta situación, el demandante actúa sustancial y procesalmente, en base a un título legal y legítimo y su solicitud cautelar esta destinada a producir una resolución judicial que ordene la afectación de bienes que aseguren que su crédito – verosímilmente calificado – sea posteriormente satisfecho; y que en dicho momento no se encuentra garantizado.

Sin embargo, este acto jurídico procesal estructuralmente lícito, pierde legitimidad ante el ordenamiento jurídico que lo acoge; ya que, las medidas cautelares tienen por objeto que la decisión final, no sea ineficaz al momento de pronunciarse; es decir, en un aseguramiento o conservación de una verdadera tutela judicial; y no, en una persecución ilimitada del patrimonio del deudor, afectando desmedidamente sus bienes, cuando ya asegurada la mencionada tutela, sigue siendo operativa en lo que resta de patrimonio a afectar.

### **Parte demandada.**

Entre las conductas desviadas más notorias de la parte demandada, tenemos:

Recusaciones: Esta institución procesal, esta diseñada teniendo un fin positivo; el cual es, la garantía de la imparcialidad e independencia del juzgador respecto de las partes. Es decir, ante la existencia de una causal establecida en la ley, resultará inexorablemente la abstención del juez sobre el conocimiento de determinada causa.



Sin embargo, es práctica generalizada en los procesos, que las recusaciones sean utilizadas no en base a los principios éticos que la inspiran, sino como forma de amedrentamiento al juez a fin de que se aparte del proceso, y se fundan en previas quejas y denuncias hechas por las partes, que constituirían base para señalar que son enemigas del juez.

Lo dicho anteriormente es inexacto; ya que, las quejas y denuncias que realizan las partes forman parte de su legítimo derecho de petición; y por ende, mal pueden constituir una traba para la función jurisdiccional. Un parecer contrario, que acoja un juez para decidir apartarse de un proceso, constituiría una abdicación de justicia.

Prueba: Teniendo en cuenta que la finalidad del proceso es la realización del derecho mediante la aplicación de la ley al caso concreto y como las pruebas constituyen os elementos utilizados por el juez para llegar a ese resultado; supone que en el ofrecimiento, actuación y valoración de las pruebas, se tenga respeto por su correspondencia con los puntos o hechos controvertidos de la causa; y que, su aportación por cada una de las partes, las desliga de su aportante, para pasar a ser adquiridas por el proceso; y en consecuencia, resulten a favor o en contra de quién las aportó. En tal sentido, resulta un abuso, los pedidos de retiro o desistimiento de pruebas ya practicadas; por considerar el que las aportó resultan desfavorables a sus intereses<sup>82</sup>. Así también, constituyen abusos procesales, los ofrecimientos de pruebas impertinentes o innecesarias con el fin de causar dilación.

---

<sup>82</sup> Sobre el Principio de Comunidad o Adquisición de la Prueba, Epifanio Condorelli, señala que: “Este principio determina la inadmisibilidad de la renuncia o desistimiento a la prueba ya practicada, pues sólo si se considera patrimonio procesal del aportante o peticionario para su solo beneficio, podría aceptarse que la

## **APLICACIÓN DEL ABUSO PROCESAL DEL JUEZ O ABUSO DE PODER JURISDICCIONAL**

### **1. El derecho a la prestación de justicia como un derecho humano.**

La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano; no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial. Una de las características del mundo contemporáneo es el reconocimiento que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que no se le pueden arrebatar. Estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; sino que son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra. Dicha expresión se encuentra en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

---

retirara o dejara sin efecto (...) Es que es menester convenir que, siendo el fin de la prueba llevar la certeza a la mente del juzgador para que pueda fallar conforme a justicia, hay un interés público indudable y manifiesto en la función que desempeña en el proceso (...) Sostener que la prueba es de exclusivo interés de quien la pide o aporta y que, asimismo, en esa circunstancia reside el interés primordial y el fin principal de ella, equivale en el fondo a decir que el interés y el fin primordial del proceso es privado (...) En punto a la lealtad y probidad de la prueba, bien apunta Silva Melero, que ésta debe tender a la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica, tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas, como que las partes deben colaborar a la obtención de la voluntad de la ley, subordinando el interés individual a una sentencia justa”. En: *Del Abuso y la Mala fe dentro del Proceso*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986. Pág. 202 – 203.

Así, y para nuestro estudio, la sustitución de la tutela por acción privada por el sometimiento de la resolución del conflicto a un tercero imparcial; constituye un derecho humano, un derecho del individuo a la prestación de justicia por parte del Estado; que está comprendido en el artículo 8 de cuerpo normativo citado: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare frente a los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y por la ley”.

Marcial Rubio Correa, al respecto señala: “La teoría clásica del estado moderno ha sostenido desde Hobbes, que la finalidad de establecer una autoridad suprema en estado es la de entregarle la fuerza de todos para dar solución definitiva a los problemas entre las personas. La función jurisdiccional es entonces un deber del Estado y, correlativamente, un derecho de las personas, pues cada una de ellas tiene el derecho de recurrir ante los magistrados para recibir justicia.”<sup>83</sup>

## **2. La función Jurisdiccional y su finalidad pública.**

Nuestro Tribunal Constitucional, respecto a la función jurisdiccional, ha señalado: “A la luz de lo expuesto, la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales. En efecto, ante el impedimento de hacerse justicia por mano propia (salvo los casos de legítima defensa

---

<sup>83</sup> Marcial Rubio Correa. “El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Fondo Editorial de la PUCP. 1era Edición. Diciembre 2006- Lima. Pág. 282.

o de derecho de retención), es el Estado el encargado de resolver las controversias legales que surgen entre los hombres. En dicho contexto el justiciable tiene la facultad de acudir al órgano jurisdiccional del Estado para ejecutar una acción, a lo que corresponde como correlato la jurisdicción, que es, además, un poder deber”.<sup>84</sup>

El ejercicio de la Potestad jurisdiccional comprende esencialmente lo siguiente: La tutela de los derechos fundamentales, los derechos ordinarios e intereses legítimos, la sanción de los actos delictivos, el control difuso de la constitucionalidad; y el control de la legalidad de los actos administrativos.<sup>85</sup>

Sin perjuicio del contenido de la función y potestad jurisdiccional, esta genéricamente, se constituye como una función administrativa por pertenecer al Estado; es decir, es una función estatal, al lado de la ejecutiva y legislativa. En tal sentido, y dentro de un Estado Constitucional de Derecho, la función jurisdiccional tiene una finalidad pública que cumplir, y es la del bien general del servicio que reposa en el Principio de eficacia de las prestaciones del Estado.

En efecto, en un Estado Constitucional de Derecho, la función jurisdiccional no solo debe omitir todo lo que sea contrario a la idea del Derecho y asegurar la legalidad formal; sino que, y como elemento esencial, debe observar los principios inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia. El jurista nacional Marcial Rubio

---

<sup>84</sup> STC. Exp. N° 0023-2003-AI/TC. Citada por Marcial Rubio Correa. “El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Fondo Editorial de la PUCP. 1era Edición. Diciembre 2006-Lima. Pág. 281.

<sup>85</sup> Ibid.

Correa a tratar sobre la función del juez, señala que “...Ya hemos visto antes que, el Derecho no es solo la norma legislativa positiva sino también un conjunto de principios que lo informan y que permiten aplicarlo acertadamente a casos concretos. Aplicar el derecho para el juez no será solamente aplicar normas legislativas, sino los principios que subyacen a ellas y, dentro de estos principios, los constitucionales....”<sup>86</sup>

### **3. La Responsabilidad Disciplinaria y el funcionamiento anormal o irregular de la administración de justicia.**

La responsabilidad disciplinaria de los Jueces, al lado de la responsabilidad civil y penal, es una tipología de responsabilidad judicial que responde al criterio personal del agente. “La responsabilidad disciplinaria tiene como propósito principal asegurar el cumplimiento efectivo de los deberes de los jueces por medios coercitivos de amenaza de sanciones disciplinarias - advertencia, amonestación, retrogradación, multa, traslado forzoso, jubilación anticipada, remoción – que los jueces pueden ser pasibles, en su condición de funcionarios públicos calificados por los deberes de sus cargos, para hacer efectiva su responsabilidad ante el Estado y los Justiciables”<sup>87</sup>.

En efecto, la Responsabilidad Disciplinaria se produce en virtud de hechos (faltas) que comprometen o vulneran en forma directa la eficaz prestación del servicio público judicial; y su cauce en nuestro país, se desarrolla a través de un procedimiento

---

<sup>86</sup> Marcial Rubio Correa. “El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Fondo Editorial de la PUCP. 1era Edición. Diciembre 2006- Lima. Pág. 303.

<sup>87</sup> Cappelletti, Mauro. “La Responsabilidad de los Jueces”. Comunitas. 1era Edición. Abril 2009. Lima. Pág. 117.

administrativo disciplinario, conducido por un órgano de control interno perteneciente al mismo Poder Judicial.

Cuando se produce un cumplimiento defectuoso o inadecuado de las funciones propias del órgano jurisdiccional, sea por acción u omisión, se produce un funcionamiento anormal o irregular de la administración de justicia; cuyo fundamento radica en que “quién contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su irregular ejecución”.<sup>88</sup> En tal sentido, se incluyen como supuestos de funcionamiento anormal de la administración de justicia, de manera enunciativa, aquellos hechos que produzcan daños con ocasión de un defecto en el servicio de justicia, y que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar, como: retraso, dilaciones indebidas, omisiones, etc. Una propuesta interesante respecto a la responsabilidad que se genera debido al ejercicio irregular de la administración de justicia, es la expuesta por el profesor italiano Pietro Trimachi, al señalar: “Si se quiere actuar contra estos abusos, creo que se requiere vincular una evaluación negativa, (...) y hacerla valer, no en sede disciplinaria, sino para efectos de la carrera. Creo que, el sistema propuesto puede ser especificado de forma tal que haga frente, en primer lugar a la falta de preparación de los jueces, y que modere, en segundo lugar, las arbitrariedades individuales y fraccionarias producidas, conduciendo a los jueces hacia un centro constituido por los principios acogidos por el ordenamiento

---

<sup>88</sup> Gheri, Carlos Alberto. “Responsabilidad de los Jueces y Juzgamiento de funcionarios”. Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003. Pág. 78.

jurídico, y por los valores acogidos de carácter general, o en promedio, de la sociedad”<sup>89</sup>

#### **4. El exceso en el ejercicio del Poder Jurisdiccional o Abuso de Poder.**

La función jurisdiccional atribuida a los órganos jurisdiccionales, es ejercida a través de poderes, atribuciones, facultades, deberes, o potestades jurisdiccionales; las cuales se pueden dividir en:

- Poderes Jurisdiccionales: Se identifica plenamente con la función jurisdiccional, y es el poder de declarar o rechazar (coactivamente) el derecho en el caso concreto. Es un tipo de poder fin de la jurisdicción propiamente dicha.
- Poderes Procesales: Estos son en cambio, poderes instrumento o medio, para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Estas potestades otorgadas al juez a través de la ley, no escapan a la regla de la finalidad del buen servicio y prestación efectiva del servicio de justicia; por lo que, no pueden ser ejercidas o puestas como fin en sí mismas, o estar al servicio de la injusticia, ni apartarse de su vía regular; por que de ser así, sus titulares estarían produciendo un desvío de poder, y consecuentemente un exceso del poder jurisdiccional atribuido.

---

<sup>89</sup>Trimarchi, Pietro *La responsabilidad civil del juez*. En: *Proceso & Justicia* N° 3. 2002. Pág. 28 y 29.

En efecto, los actos jurisdiccionales, al igual que los actos administrativos, implican el ejercicio de poderes otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico; apartarse de ese fin, significa vulnerar su legitimidad.

La figura del exceso u desviación de poder, es definida por Maurice Hauriou, citado por Miguel Gonzales Rodríguez, de la siguiente manera: “El desvío de poder está constituido por hechos de una autoridad administrativa que observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia, *ratione personae*, y no violando la ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió; es decir, con un fin y motivos no admitidos por la moral administrativa”<sup>90</sup>. Para Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, “El exceso de poder significa la utilización de un poder (público) excediendo los límites establecidos en la correspondiente norma que confiere ese poder; que puede referirse a la competencia del órgano, la forma del acto, o el fin del mismo. Para establecer si ha existido un exceso o desviación de poder, es necesario recurrir a los principios que justifican la norma que confiere ese poder”<sup>91</sup> que tratándose de órganos jurisdiccionales, reposarían en última instancia en el interés público de servir a la solución de los conflictos, para alcanzar la paz social en justicia, aplicando el orden jurídico establecido.

---

<sup>90</sup> Gonzales Rodríguez, Miguel. “Derecho Procesal Administrativo” 12 Edición. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2004. Pág. 38.

<sup>91</sup> Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. *Ilícitos Atípicos*. Editorial Trotta. Madrid. 2000. Pág. 92.



Sin perjuicio de que la teoría de la desviación y exceso de poder ha nacido y ha sido desarrollada en sede del derecho administrativo; ello no obsta su traslado al campo del derecho adjetivo, como el procesal; ya que, como se ha establecido, tanto la función administrativa como la jurisdiccional, son funciones estatales ejercidas por funcionarios público; y como tales, están al servicio de un único fin, como es el bien general de servicio y prestación efectiva de las obligaciones del Estado, aplicando y protegiendo el ordenamiento jurídico. En consecuencia, el ejercicio de poderes funcionales, atribuciones o facultades jurisdiccionales, que tengan un fin distinto al señalado, constituirán una desviación o exceso de poder jurisdiccional.

Así lo entiende también el jurista argentino Roberto O. Berizonce, cuando señala: “El concepto de abuso de derecho por su ejercicio antifuncional, propio del derecho privado, presenta similitud con el exceso de poder en tanto la esencia de una y otra teoría radica en la indagación del fin del acto realizado. Son nociones paralelas en última instancia, podrían ser reducidas a un común denominador, con la salvedad que la desviación o exceso de poder alude a una buena administración como finalidad de los actos de los agentes públicos en general (...) La desviación de poder como vicio del acto jurisdiccional no solo puede configurarse por comisión, sino también por omisión, como se admite pacíficamente en la doctrina administrativa. Si el órgano jurisdiccional deja de actuar y declina el ejercicio de una potestad (poder-deber) que el ordenamiento le impone, incumple con ello y sin más el fin público al que debería servir”<sup>92</sup>. Para un

---

<sup>92</sup> Berizonce, Roberto.O. “El exceso en el ejercicio del Poder Jurisdiccional”. En: Themis (Revista de Derecho) 2da época. 2001. N° 43. Asimismo señala: “En el ejercicio de la jurisdicción el exceso de poder se configura por la desviación, desborde o desnaturalización del fin del acto jurisdiccional, especialmente cuando se actúan potestades discrecionales (...) La finalidad de la jurisdicción no se agota en el

sector de la doctrina italiana, el abuso del juez, es conceptualizado como una distorsión e irregularidad en el ejercicio del poder, que a partir de una errónea interpretación y aplicación de la norma jurídica, ocasiona un procedimiento morfológicamente viciado<sup>93</sup>

## **5. Principales Manifestaciones del Abuso de Poder Jurisdiccional.**

El juzgador puede ser sujeto activo de abuso de poder jurisdiccional, cuando produce por acción u omisión correspondientemente:

El exceso ritual manifiesto: Es decir, cuando el juzgador en la solución de las controversias se apegaba ya no a las formas; sino al formalismo a ultranza, no adoptando una flexibilización de las mismas respecto a su fin; por ejemplo cuando aplica de manera mecánica la norma procesal.

El bilateralismo excesivo: Es decir, se observa el regreso al sistema de duplicas y replicas, alargando el pronunciamiento de fondo.

La omisión de resolución o abdicación de casos: Que específicamente se revela en la segunda instancia cuando la de alzada se ampara en la nulidad; para no resolver la cuestión de fondo; y devuelve los autos para un nuevo pronunciamiento

---

aseguramiento de la legalidad formal, sino que la trasciende en tanto se afina además en la observancia de los genéricamente denominados principios inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia (...) Cada vez que se infringen los fines públicos de la jurisdicción se configura el exceso o desviación en el ejercicio del poder”.

<sup>93</sup> Cordopatri, Francesco. *L' abuso del proceso*. Tomo I. CEDAM. 2000. Pág. 479.

del a quo. En este aspecto es pertinente lo señalado por Juan Vergara Gotelli, al decir: "...Y son estos jueces precisamente los que con estos artificios de evasión se convierten en inventores de vicios nulificantes como los consistentes en la sanción de nulidad de la elevación de expedientillos en los que no se ha incluido copia de tal o cual actuado calificado en dicho acto como indispensable, medida rebuscada con la que escapan a la responsabilidad de decidir en el cuaderno de apelación que le es incomoda; o como la invalidación de la sentencia inferior elevada en grado de apelación (...) los jueces de todos los grados no se dan cuenta o no les importa simplemente la desazón en los justiciables como consecuencia de las sanciones de nulidad de actuados en base a causales inventadas o rebuscadas con las que el juez cómodamente sale del problema y fríamente resta una causa en su carga procesal, sin reparar en la calificación ciudadana que nos dice de un Poder Judicial y de un proceso ineficiente, con la consecuencia fatal de rechazo a la dupla infernal juez – abogado"<sup>94</sup>

La permisión de actos procesales abusivos de las partes.: Cuando presenta un actitud pasiva ante el ejercicio abusivo de derechos procesales por las partes; sin aplicar sus deberes de dirección y autoridad.

---

<sup>94</sup> Vergara Gotelli, Juan Francisco. "La reforma del Poder Judicial". 1era edición. Kinkòs impresiones SAC. Lima. Pág. 110 y 111.

## ANÀLISIS JURISPRUDENCIAL

### Abuso Procesal por demanda excesiva

Con fecha diecisiete de setiembre del dos mil siete, el señor Guillermo Larry Gutierrez Chavez , interpone demanda de divorcio por la causal de Injuria Grave, contra la señora Ana Manuela Borja Saavedra, constituyendo el Expediente N° 698-07 tramitado ante el Sètimo Juzgado de Familia de Lima. Con fecha trece de diciembre del dos mil siete, el Ministerio Pùblico, como parte procesal del proceso, deduce excepción de litispendencia, basándose en que, conforme a lo señalado por el propio demandante, èste anteriormente interpuso demanda de divorcio por la causal de separaciòn de hecho contra la señora Ana Manuela Borja Saavedra, ante el Primer Juzgado de Familia del Callao, Expediente N° 4298-2006, estando dicha causa en tràmite; por tanto, advirtiendo la identidad de partes y pretensión, sobre un proceso anterior que se encuentra en tràmite, procede la articulación. A travès de la resoluciòn cuatro de fecha diecinueve de diciembre del dos mil ocho, el Sètimo Juzgado de Familia de Lima, declara infundada la excepción propuesta señalando como su màxima:

*“...Tercero: Que, en ese sentido, se advierte del estudio del expediente N° 4298-2006, que es la litis denunciada como pendiente de resolver respecto al presente proceso; es decir, en el proceso previo al presente; que la causa petendi, que està intimamente relacionada con el elemento del interès para obrar, està configurada*

*por la causal de separación de hecho; cuestión distinta en el presente proceso; en el cual, la causa petendi, esta configurada por la causal de injuria grave; Cuarto: Que, en consecuencia, se advierte que no existe identidad entre el interes para obrar entre el presente proceso y el denunciado como pendiente de resolución ....”*

Posteriormente, con fecha diez de junio del presente año, la demandada, presenta al juzgado, copia de la notificación de la sentencia de fecha veintisiete de abril del dos mil nueve, recaída en el proceso N° 4298-2006, seguido entre las mismas partes, ante el Primer Juzgado de Familia del Callao, en el cual, se declara fundada la demanda y disuelto el vínculo matrimonial entre Guillermo Larry Gutierrez Chavez y Ana Manuela Borja Saavedra; así como, copia de la resolución cuarenta de fecha catorce de mayo del dos mil nueve, expedida por el Segundo Juzgado de Familia del Callao, Expediente N° 597-2001seguido por Guillermo Larry Gutierrez Chavez contra Ana Manuela Borja Saavedra, sobre Divorcio por causal de Abandono de Hogar; en el cual, se declara por concluido el proceso por sustracción de la materia, al haberse expedido sentencia declarando la disolución del vínculo matrimonial, entre las mismas partes en el Expediente N° 4298-2006. A través de la resolución diez de fecha once de junio del presente año, el Sètimo Juzgado de Familia de Lima, solicita a la recurrente acompañe copia certificada de la resolución que declare consentida o apruebe, la sentencia recaída en el expediente N° 4298-2006, para resolver lo pertinente.

Estando a lo reseñado, se advierte claramente un abuso en el ejercicio del derecho de acción por parte del demandante, al interponer contra la señora Ana Manuela Borja Saavedra, dos demandas judiciales solicitando la declaración de disolución del vínculo matrimonial (Expediente N° 4298-2006 y Expediente N° 698-2007) cuando ya existía un proceso anterior sobre el mismo petitorio y entre las mismas partes, tramitado en el Expediente N° 597-2001.

En efecto, en el caso expuesto, el demandante en vez de optar por la vía menos onerosa para la demandada y para la administración pública, acumulando a su pretensión primigenia de Abandono de Hogar, tramitado ante el Segundo Juzgado de Familia del Callao, las causales de Separación de hecho e Injuria Grave, a través de una ampliación de demanda; o también, acumulando la causal de Injuria Grave en el proceso de la causal de separación de hecho; se excedió en el ejercicio de su derecho de acción, interponiendo sucesivas demandas que contiene un mismo objeto constituido por la disolución del vínculo matrimonial. Asimismo, y sin perjuicio de que existen diferentes causales para basar o fundamentar el pedido de divorcio, estando a las diferentes vicisitudes que quiebran una relación matrimonial; ello no legitima a la interposición autónoma de sucesivas demandas, que contiene un solo y determinado objeto como lo es la disolución del vínculo matrimonial. En tal sentido, en la resolución cuatro acotada, al declarar infundada la excepción deducida, en base a una errónea interpretación de lo que en esencia es el interés para obrar (utilidad y necesidad de tutela jurídica), no sólo se ha incurrido en un error de derecho desde el punto de vista procesal; sino que, legitimó el actuar abusivo del demandante, dejando tramitar un

proceso con un objeto idèntico al contenido en un proceso instaurado anteriormente contra la misma demandada, y por tanto, alogando el conflicto de intereses producido; incumpliendo con su responsabilidad social de hacer efectiva una justicia preventiva en un Estado Constitucional de Derecho. Este incumplimiento se acrecienta en lo establecido por la resoluciòn diez; cuando ya es inminente la falta de interès en el tràmite del proceso N° 698-2007.

### **Abuso Procesal por Medida Cautelar excesiva**

En el expediente N° 1033-98 seguido ante el Séptimo Juzgado de Familia de Lima, a través de la resolución de fecha ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve se declara fundada la demanda de separación convencional y divorcio ulterior, interpuesto por Guillermo Sergio Zegarra Mayo y Linda Maribel Pastrana Mejía, declarando la separación legal entre los acotados; y entre otros extremos, se dispuso que el cónyuge acuda a favor de la cónyuge y de sus menores hijos Marcelo Guillermo y Guillermo Sergio Zegarra Pastrana, con la suma de Novecientos nuevos soles por concepto de pensión alimenticia, extremo que quedo subsistente, a través de la resolución nueve, que declara la disolución del vínculo matrimonial entre los demandantes. Posteriormente, a través de la resolución diez se ordena embargo en forma de retención sobre el cincuenta por ciento de los beneficios sociales de Guillermo Sergio Zegarra Mayo que tenga derecho a percibir al momento de su cese laboral ante la empresa PESQUERA EXALMAR SA; así como a través de la resolución diecisiete, se ordena a la empresa acotada, proceda a descontar del haber mensual del obligado, la

suma de novecientos nuevos soles, la que será entregada a la demandante de forma directa y personal; oficiándose correspondientemente. Con fecha tres de octubre del dos mil ocho, el obligado pone en conocimiento del juzgado, la resolución de fecha veintiocho de marzo del dos mil ocho, expedida por el Segundo Juzgado de Paz letrado de Ate Vitarte, cuaderno de asignación anticipada, en la cual se dispone declarar la suspensión temporal del mandato de asignación anticipada, hasta que se resuelva el fondo del asunto del proceso de alimentos N° 610-2008 seguido por Linda Maribel Pastrana Mejía contra Guillermo Sergio Zegarra Mayo, basándose en el pedido realizado por el obligado en dicho proceso, en el sentido de que, ya existe un proceso vigente – Expediente N° 1033-98, donde se viene acudiendo a la actora y menores con una pensión alimenticia; por lo tanto, se estaría generando con el proceso de alimentos una duplicidad de pensiones. Con fecha veintisiete de noviembre del dos mil ocho, la demandante solicita se traben medida cautelar de retención sobre el sesenta por ciento de los beneficios sociales que le corresponderían al obligado en caso de cese de su empleadora Pesquera Diamante.

Con fecha nueve de diciembre del dos mil ocho, se resuelve rechazar la solicitud de medida cautelar de retención, en base a la siguiente máxima:

“... Undécimo: Que, en consecuencia, se advierte que, la recurrente, ha instaurado un proceso de alimentos N° 610-2008, contra Guillermo Zegarra Mayo, a favor de sus menores hijos señalados en el presente proceso; cuando se encontraba en ejecución en el presente proceso, el extremo de los alimentos establecidos por la resolución de fecha ocho de marzo del dos mil tres; y en el



que, ya se ha trabado las medidas correspondientes a efectos de garantizar la pensión alimenticia acotada; Duodécimo: Que, en tal sentido, y ya instaurado un proceso autónomo de alimentos entre las misma partes del presente proceso; pronunciamiento final que establecerá, en caso de ser estimada la demanda, un límite entre los devengados alimenticios del presente proceso, a partir de la notificación de la demanda de alimento del expediente N° 610-2008; este juzgado concluye que, el presente pedido, no cumple con la finalidad señalada en el punto décimo de la presente, sino que, tiene la calidad de un acto procesal de parte abusivo; lo que no puede ser admitido por el juzgador; lo que, a su vez, no encierra la restricción del derecho de defensa de la recurrente; pues, esta ha hecho uso efectivo de los medios de defensa que le franquea la norma procesal; como se aprecia de autos; sino, lo que se busca, es que el ejercicio de ese derecho no se realice de manera abusiva u optando entre varias defensas, por el planteamiento de la más engorrosa o dañina para el proceso; por lo que, se dispone RECHAZAR el pedido solicitado”.-

Conforme a lo expuesto, se advierte el ejercicio abusivo del derecho de acción de la demandante, a través de la interposición de una solicitud cautelar excesiva; ya que, la pretensión alimenticia que es materia de solicitud, ya había sido debidamente garantizada con anteriores medidas cautelares concedidas; así como, la misma demandante había interpuesto un proceso autónomo de alimentos adicional, del proceso de separación convencional y divorcio ulterior, del cual deriva la pensión alimenticia ya garantizada. En este caso, aplaudimos el pronunciamiento del juzgado,

al rechazar la medida cautelar solicitada, teniendo como base la proscripción del abuso de derechos procesales; sin embargo, en miras a una aplicación que concrete el principio en mención y que es objeto de la presente investigación, como una justicia de prevención, somos de la propuesta que ante la realidad conocida por el juzgado a través del escrito de fecha tres de octubre del dos mil ocho, debió sancionar económicamente a la parte solicitante por su actuar abusivo.

### **Abuso Procesal por abstención desviada**

En el Expediente Nº 45-2000 – Alimentos, tramitado ante el Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, a través de la resolución cincuenta y uno de fecha siete de noviembre del dos mil ocho, en mérito a sendas quejas verbales y escritas ante el órgano de control interno, presentadas por una de las partes procesales, la magistrado respectiva, resuelve abstenerse por decoro, expresando lo siguiente:

“Primero: A que, conforme lo dispone el artículo 313° del Código Procesal Civil (...); Segundo: Que, estando a que, la apoderada de la demandante, señora Aurea Espinoza Berru, durante la tramitación de la presente causa, viene formulando un sis número de quejas verbales y escritas tanto ante el órgano de control distrital, como de la república, e inclusive ante la Presidencia, (...) las mismas que resultan totalmente insubsistentes y carentes de veracidad y fundamento, sin embargo perturban no solo la función de la juez, sino del personal a mi cargo, pese a que el presente expediente, se ha venido

tramitando en estricta observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, conforme lo prescribe el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Estado; Tercero: (...) estando a todo lo expuesto esta judicatura resuelve, ABSTENERSE POR DECORO la magistrado que suscribe del conocimiento de la presente causa y remítase los autos al centro de distribución general”

Evidentemente, conforme a lo expuesto en la parte teórica del presente trabajo, los pedidos de recusación o abstención por decoro, son instituciones procesales que son garantía de la imparcialidad e independencia del juzgador respecto de las partes. Es decir, ante la existencia de una causal establecida en la ley, resultará inexorablemente la abstención del juez sobre el conocimiento de determinada causa.

Sin embargo, es práctica generalizada en los procesos, que las recusaciones o pedidos de abstención sean utilizadas no en base a los principios éticos que la inspiran, sino como forma de amedrentamiento al juez a fin de que se aparte del proceso, y se funden implícitamente en previas quejas y denuncias hechas por las partes, que constituirían base para señalar que son enemigas del juez.

Lo dicho anteriormente es lo que acontece en el caso expuesto, donde la parte procesal en mérito a quejas verbales y escritas presentadas ante los órganos de control respectivos, logra que el juez se aparte del proceso; y no teniendo como base los principios éticos que inspiran a las instituciones procesales de la recusación o abstención; sino en base a un supuesto de retardo de justicia, que es denunciable a

travès de otros cauces y no por vía de recusación o abstención; por lo que, se ha visible el ejercicio antifuncional del derecho de defensa por la parte quejosa y peticionante; así como, el magistrado al resolver abstenerse por decoro del conocimiento de la causa; està legitimando el ejercicio abusivo de un derecho procesal y abdicando de su deber de administrar justicia.

### **Abuso Procesal por exceso ritual manifiesto.**

En el Expediente N° 942-2009, tramitado ante el Sexto Juzgado de Familia de Lima, a travès de la resolución uno de fecha veintiuno de setiembre del dos mil nueve, se declaró inadmisibile la demanda de divorcio por causal interpuesta por Julio Cèsar Laguna Lambruschini contra Consuelo del Pilar Lagos Quiroz; teniendo como base la siguiente màxima:

“...a) Que, para invocar la causal de separaciòn de hecho de los cónyuges el demandante deberà de acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo, ello conforme a lo dispuesto en el artículo 345-A del Còdigo Civil (...) Siendo ello así, el recurrente deberà cumplir con acreditar que se encuentra al día con sus obligaciones alimentarias a favor de su cónyuge a la fecha de la interposiciòn de la demanda, debiendo adjuntar prueba documental que sustente dicho requisito exigido por la normatividad acotada (...) por lo que, se resuelve declarar inadmisibile la demanda interpuesta”.

Conforme lo establecido en el marco teórico, el exceso ritual manifiesto es aquel supuesto en el cual, entre otros, el juzgador aplica de manera mecánica la norma procesal, no flexibilizando la misma respecto a los fines que ella contiene; es decir, realiza una interpretación netamente literal de la norma. Lo dicho es lo que acontece en el caso señalado; en efecto, si bien es cierto la norma contenida en el artículo 345º-A del Código Civil, establece que para invocar la causal de separación de hecho de los cónyuges el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias; una interpretación literal de la misma, produce una restricción del derecho de acción de todo demandante en dicho supuesto; ya que, se entendería que en el umbral del proceso; es decir, sin que hubiera contradictorio, tendría que agotarse la actuación probatoria por la parte demandante para invocar una causal de divorcio; es decir, para que su demanda sea admitida; lo cual, es atentatorio del derecho a un debido proceso; por lo que, la interpretación que más se ajusta a los estándares constitucionales, es aquella establecida en la sentencia del Tribunal Constitucional EXP N° 578-2003-AA-TC, denominada como Concordancia Práctica con la Constitución; que a su vez deviene del Principio de Coherencia Normativa; en mérito de la cual, la norma glosada sólo puede ser interpretada sin que vulnere la constitución, entendiendo que, el demandante, para que su demanda sea estimable en la estación respectiva (sentencia) deberá encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimenticias. Al haberse realizado un ritualismo a ultranza con la mera aplicación literal de la norma, el juzgador está desviando la finalidad de la jurisdicción que va más allá del aseguramiento de la legalidad formal, sino que la trasciende en tanto se afina en la

observancia de los principios inherentes a una mejor y más correcta administración de justicia, obteniendo con la protección y aplicación del orden jurídico, el bien general del servicio de justicia; es decir, esta ejerciendo su potestad jurisdiccional de manera desviada.

### **Abuso Procesal por bilateralismo excesivo.**

En el Expediente N° 573-2006, sobre divorcio por causal, seguido por Marco Pietro Vaglietti Verderone contra Vera Carolina Silva Castro, tramitado ante el Sètimo Juzgado de Familia de Lima, la parte demandada, con fecha ocho de setiembre del presente año, solicita la acumulación del proceso seguido entre las mismas partes tramitado ante el Sexto juzgado de Familia de Lima, - Expediente N° 128-2009 sobre Separación de Cuerpos por causal de separación de hecho y divorcio subsecuente; adjuntando copias certificadas de las piezas procesales a que se contrae el artículo 90º del Còdigo Procesal Civil, por lo que, a través de la resolución cuarenta y ocho, se dispone correr traslado de dicho pedido a la parte demandante, por el plazo de tres días hábiles, a fin de que absuelva lo pertinente a sus intereses. Con fecha veintinueve de setiembre del presente año, el demandante absuelve el traslado; lo que origina que a través de la resolución cincuenta y dos, se corra traslado de dicha absolución a la parte demandada.

Como se advierte de lo dispuesto en el artículo 90º del Còdigo Procesal Civil, basta solamente con una absolución del pedido de acumulación, para que la causa este

expedita para que el juez resuelva la acumulación estando a los medios probatorios ofrecidos. Al disponerse otro traslado, que se dirige a la parte que solicita la acumulación, se genera un trámite de dúplica y réplica, un dispendio inútil de tiempo que alarga o demora el momento de la resolución del proceso respecto al incidente promovido; y que, generalmente se basa en un “dejar que las partes resuelvan el incidente con lo que tengan que argumentar cada vez más”, constituyendo un juzgador trasladista, temeroso de resolver. Ello comporta, una desviación de la finalidad del principio de contradicción o bilateralidad, un exceso de poder procesal.

#### **Abuso Procesal por permisión de actos procesales abusivos de las partes.:**

En este supuesto nos remitimos a los casos ya mencionados respecto a las demandas excesivas y recusaciones o abstenciones desviadas; en las cuales sin perjuicio del ejercicio abusivos de las partes de su derecho de acción y defensa, también el juzgador, al no cumplir con su deber de prevenir maniobras antifuncionales de las partes en ejercicio de sus derechos, no rechazando in limine dichos actos o pedidos, declina sin más en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que el ordenamiento le impone, a fin de concretar un proceso regular y correcto con relación a su fin cual es la satisfacción de los fines del derecho como un sistema de solución pacífica de conflictos. Aquí se verifica un abuso de poder en forma omisiva.

## **LEGISLACIÓN:**

### **Nacional.**

#### **Artículo 103º de la Constitución Política del Estado.**

“(…)

La Constitución no ampara el abuso de derecho”

#### **Artículo II del Título Preliminar del Código Civil.**

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”

#### **Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil<sup>95</sup>**

Este dispositivo consagra el principio de moralidad, al establecer que las partes, representantes, abogados y demás partícipes en un proceso deben ajustar su conducta a los deberes procesales señalados. Para algunos, éste dispositivo consagra tanto el principio de moralidad como el principio de proscripción del abuso procesal<sup>96</sup>; sin

---

<sup>95</sup> “El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quién defiende intereses difusos. *Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. El juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria*” (la cursiva es mía)

<sup>96</sup> El profesor Marcos L. Peyrano, señala: “... en apoyo de nuestra teoría precedentemente expuesta, el código peruano distingue nítidamente el ámbito de los dos principios del proceso comentados: por un lado, el de



embargo, a través de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento procesal civil, sobre los artículos 40<sup>97</sup>, 109<sup>98</sup>, 110<sup>99</sup>, 111<sup>100</sup> y 112<sup>101</sup>; que conforman la regulación de la conducta procesal en el proceso; es decir, la institución jurídica en estudio; podemos advertir que ésta, se dirige a establecer un conjunto de reglas de conducta, presididas por el imperativo ético (Principio de Moralidad); en tal sentido, se circunscribe a situaciones de corte subjetivo, conductas dolosas o culposas en que incurren las partes en un proceso determinado, previstas de un ánimo de perjudicar o

---

moralidad: “Las partes, sus representantes, sus abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe”; y por otro el del abuso procesal mediante “conducta ilícita o dilatoria”...”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal VI. N° 6. 2003. Pág. 385.

<sup>97</sup> “Concluido el proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por lo daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos, y multas establecidas en el proceso terminado”.

<sup>98</sup> “Son deberes de las partes, abogados y apoderados: 1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso; 2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales; 3. abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones; 4. Guardar el debido respeto al juez, a las partes y a los auxiliares de justicia; 5. Concurrir ante el juez cuando éste los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y, 6. Prestar al juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal”.

<sup>99</sup> “Las partes, sus abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal. Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria”.

<sup>100</sup> “Además de lo dispuesto en el artículo 110°, cuando el juez considere que el abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar”.

<sup>101</sup> “Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: 1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; 2. Cuando a sabiendas de aleguen hechos contrarios a la realidad; 3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente; 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y, 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asistan a la audiencia generando dilación”. Semejante regulación se encuentra establecida en el artículo 17ª del Código Procesal Civil Brasileño de 1973: “Se reputa litigante de mala fe aquel que: 1. Deduce una pretensión o defensa, cuya falta de fundamento no puede razonablemente desconocer, 2. Altera intencionalmente la verdad de los hechos, 3. Omite intencionalmente hechos esenciales para el enjuiciamiento de la causa, 4. Usa del proceso con el propósito de obtener un objetivo ilegal, 5. Opone resistencia injustificada al desenvolvimiento del proceso, 6. Procede de modo temerario en cualquier incidente o acto del proceso, 7. Provoca incidentes manifiestamente infundados”.

vejar y que generan dilación del proceso: temeridad, negligencia, mala fe, arbitrariedad, fraude o colusión, etc.

Lo dicho se complementa con lo establecido en los incisos 10 y 11 del artículo 34º de la Ley de la Carrera Judicial – Ley 29277<sup>102</sup>, y el inciso 2 del artículo 288º<sup>103</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### **Ley 29277 – Ley de la Carrera Judicial.**

#### **Artículo 46º. Faltas Leves.**

“Son faltas Leves:

(...)

5. Abusar de las facultades que la ley otorga respecto a sus subalternos o sobre las personas que intervienen en cualquier forma en un proceso”.

#### **Artículo 47º. Faltas Graves.**

“Son faltas graves:

(...)

15. Abusar de la condición de juez para obtener un trato favorable o injustificado”.

---

<sup>102</sup> “Son deberes de los Jueces: (...) 10. Denegar pedidos maliciosos. 11. Sancionar a las partes cuando practiquen maniobras dilatorias”.

<sup>103</sup> “Son deberes del abogado patrocinante: (...) 2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe”.

## **Comparado:**

**Argentina. Artículo 16°<sup>104</sup> y 1071°<sup>105</sup> modificado por la ley 17.711, del Código Civil de la República Argentina.**

Gran parte de la doctrina jurídica de éste país, entiende que, el principio que proscribe el abuso del derecho, es un verdadero principio que se desprende de estos dispositivos; fundamentando dicha posición, en la consideración de que su Código Civil, es una especie de Teoría General del Derecho, y por lo tanto, aplicable a otros sectores del mundo jurídico, más aún, de aplicación preferente al proceso por cuanto éste es un instrumento para lograr el uso o ejercicio del derecho sustantivo que en él se invoca.

Realizando una interpretación exegética de estos dispositivos, diremos que, en ellos se adopta un criterio objetivo o funcionalista de la calificación de un abuso de derecho en el campo procesal.

Sin perjuicio de lo anotado, existen también normas procesales argentinas que contienen la figura del abuso procesal, como el artículo 208° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Cautelar trabada sin derecho).

---

<sup>104</sup> “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”

<sup>105</sup> “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.

**España. Artículo 247°<sup>106</sup> párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española.  
(7-01-2000)**

A pesar que en la exposición de motivos de la LEC, no establece precisión alguna sobre éste dispositivo, la doctrina señala que la norma consagra el principio de la Buena fe procesal, como conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta; y que engloba tanto las figuras negativas del abuso y fraude procesal. Así se sostiene comentando éste artículo, que “la LEC 1/2000 está inspirada por el principio de la buena fe procesal, pues la buena fe se configura como un modo de actuar que informa la regulación de todo el sistema procesal. Este principio recogido ya de forma genérica en el art. 11 LOPJ, se ha visto reconocido en el artículo 247° de la nueva LEC, que aparece como una norma de especial repercusión práctica debido, en primer lugar, a su carácter genérico, ya que resulta de aplicación en todo tipo de proceso – ordinario o especial – y en cualquier etapa del mismo – declarativa, ejecutiva o cautelar -; y en segundo lugar, afecta a todo “interviniente” en el proceso, esto es, tanto a las partes como a los abogados, procuradores, testigos, peritos, etc.”<sup>107</sup>

Este dispositivo, recoge dentro del apartado de reglas de la buena fe (que en nuestra legislación se entiende por conducta procesal de las partes) al abuso de derecho en el

---

<sup>106</sup> “Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude ley o procesal”

<sup>107</sup> Picó i Junoy, Joan. Op. Cit. Pág. 36.

proceso, de manera explícita<sup>108</sup>; cuestión que guarda consonancia con la exhortación que revela nuestra tesis. Sin embargo, existen dos observaciones respecto a la propuesta normativa de esta institución en la LEC española: La primera consiste en que al establecer la imposición de multa, ( tal como sucede en el caso nacional) no establece el procedimiento para su virtualidad<sup>109</sup>, ni en que consisten las reglas de buena fe que no se deben infringir; haciendo sólo una expresión vaga del abuso y fraude procesal; lo que es contrario a la exigencia constitucional en una norma punitiva de acuerdo a los principios de legalidad y tipicidad. La segunda es que al no comprender en la represión a los jueces y servidores de justicia, desdibuja la calidad de principio del proceso de la buena fe; ya que, de ser así, tendría que afectar a todos los que desarrollan el proceso; se entiende que, (como en el segundo párrafo del artículo IV del TP del Código Procesal Civil Nacional y el artículo 5° del Código General del Proceso Uruguayo<sup>110</sup>) los tribunales controlan si los “partícipes” o “intervenientes” en el proceso dirigen su actuación conforme a las reglas de moralidad. No obstante, nada se establece respecto a la posible actuación excesiva o desviada del órgano jurisdiccional.

---

<sup>108</sup> El código Brasileño de 1939, en su artículo 3, establecía que el abuso del derecho se comete, por igual, en el ejercicio de los derechos de defensa , cuando el demandado oponga, maliciosamente, resistencia injustificada a la sustanciación del proceso. Como modalidades del abuso en el proceso, se señalaban: dolo, temeridad, fraude, emulación, capricho, error grosero, violencia, dilación, falta del deber de decir la verdad, anormal uso del poder de disposición del proceso.

<sup>109</sup> Un ejemplo de ello es el artículo 45° del anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires, de agosto de 1998; que dispone “Cuando se declare maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por quien lo perdiera total o parcialmente, el juez podrá imponer una multa a la parte vencida o a su letrado patrocinante o a ambos conjuntamente, según las circunstancias del caso. Su importe se fijará entre el cinco y treinta por ciento del valor del juicio, o entre 250 y 25 mil pesos si no hubiere monto determinado. El importe de la multa será a favor de la otra parte. Previamente deberá otorgarse vista a quien se prevea pueda ser sancionado, haciéndoselo saber con expresión de los hechos fundantes. Contestada, o vencido el plazo, sin ningún otro trámite, se resolverá la cuestión. El otorgamiento de tal vista no implicará prejuzgamiento”

<sup>110</sup> Artículo 5° del CGP. Buena Fe y lealtad procesal.- Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respecto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

### **Venezuela. Código de Procedimiento Civil. TP 22/01/9186**

**Art. 15.-** Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.

**Art. 17.-** El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

### **Uruguay. Código General de Proceso LEY 15.982 - 18/10/1988**

**Art. 5.-** Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respecto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe.

El tribunal deberá impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

**Art. 58:** Cuando resultare de los antecedentes del proceso que el demandado se ha allanado a la demanda dentro del termino para contestarla, y no ha dado motivo para su interposición, el actor sera condenado a pagar las costas y costos del proceso. Tambien podra condenarse al actor, cuando el demandado hubiera efectuado un allanamiento parcial y al sentencia solo acoja la demanda en dicha parte.

**Art. 61:** Cuando la mala fe o temeridad resultaren plenamente acreditadas, la parte podra ser condenada, ademas, a los daños y perjuicios en otro proceso o en el mismo, si hubiere mediado expresa petición en ese sentido.

### **México. Código Federal de Procedimiento Civil 24/02/1943**

**Art. 57.-** Los tribunales no admitirán nunca incidentes, recursos o promociones notoriamente maliciosos o improcedentes. Los desecharán de plano, sin necesidad de mandarlos hacer saber a las otras partes, ni dar traslado, ni formar artículo.

## **Francia. Código de Proceso Civil**

**ART 24.-** Las partes estarán obligadas a guardar en todas sus actuaciones el debido respeto a la justicia. El tribunal, en función de la gravedad de las faltas, podrá, incluso de oficio, librar mandamientos, suprimir los escritos, declararlos calumniosos, así como ordenar la impresión y la fijación en lugar público de sus resoluciones.

## **Italia. Código Procesal Civil 1940**

**Art. 88.-** Las partes y los defensores tiene el deber de comportarse en el juicio con probidad y lealtad. En caso de que los defensores falten a tal deber, el juez deberá informar a las autoridades que ejerzan las facultades disciplinarias sobre ellos.

**Art. 96.-** Si parece que la parte vencida ha actuado o se opusieron a la corte con mala fe o negligencia grave, el tribunal, a petición de la otra parte, ordenará, el pago de los costes, la indemnización por daños y perjuicios, que claro, con los premios de ley.



## **Brasil. Código Procesal Civil 1973**

**Art. 14.** Compete a las partes y a sus procuradores:

I - Exponer los datos en juicio conforme a la verdad.

II - Proceder con lealtad y buena fe.

III - No formular pretensiones ni alegar defensas, carentes de fundamento.

IV – No producir pruebas, ni alegar datos inútiles o innecesarios para la defensa de los derechos.

## **Ley Orgànica del Poder Judicial de España**

### **Artículo 417:**

“Son faltas muy graves:

(...)

13. El abuso de la condición de juez para obtener un trato favorable e injustificado de autoridades, funcionarios o profesionales”

### **Artículo 418:**

“Son faltas graves:

(...)

5. El exceso o abuso de autoridad, o falta grave de consideración respecto de los ciudadanos, instituciones, secretarios, médicos forenses o del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, de los miembros del Ministerio Fiscal, abogados y procuradores, graduados sociales y funcionarios de la Policía Judicial.

16. Adoptar decisiones que, con manifiesto abuso procesal, generen ficticios incrementos del volumen de trabajo en relación con los sistemas de medición fijados por el Consejo General del Poder Judicial”

### **MARCO CONCEPTUAL**

Proceso Jurisdiccional: *Instrumento necesario para la efectiva función jurisdiccional del Estado (realización del derecho y la tutela o protección del orden jurídico); y, que es puesto a disposición de los ciudadanos, para brindarles y asegurarles a éstos últimos, un conjunto de garantías constitucionales a través de una Tutela Jurisdiccional Efectiva de sus derechos e intereses legítimos.*

Abuso de Derecho: *Aquella conducta que se convierte en antisocial, cuando al ejercer u omitir un derecho subjetivo, transgrede un genérico deber jurídico, que concreta el valor solidaridad, originando así un acto ilícito sui generis.*

Desviación o exceso de Poder: *El desvío de poder está constituido por hechos de una autoridad administrativa que observando las formalidades requeridas y realizando un acto de su competencia, *ratione personae*, y no violando la ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos a aquellos en vista de los cuales se le confirió; es decir, con un fin y motivos no admitidos por la moral administrativa.*

Abuso Procesal: *Uso anormal, incorrecto, inapropiado o desviado de los derechos, producido en una relación jurídica específica, la relación jurídica procesal (objeto del abuso); relación compuesta por un conjunto de situaciones o posiciones jurídicas subjetivas procesales activas o pasivas (facultades, poderes, deberes intrínsecos) de los sujetos procesales (partes e intervinientes y el juez –Sujetos del Abuso) que constituye un obstáculo para la efectividad de la instrumentalización del proceso.*

Principio de Moralidad: *Conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético, a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos intervinientes en un proceso.*

Responsabilidad Disciplinaria del Juez: *La responsabilidad disciplinaria tiene como propósito principal asegurar el cumplimiento efectivo de los deberes de los jueces por medios coercitivos de amenaza de sanciones disciplinarias - advertencia, amonestación, retrogradación, multa, traslado forzoso, jubilación anticipada, remoción – que los jueces pueden ser pasibles, en su condición de funcionarios públicos calificados por los deberes de sus cargos, para hacer efectiva su responsabilidad ante el Estado y los Justiciables.*

Principio de Solidaridad con el fin público del proceso: *Conjunto de deberes que pesan sobre los litigantes, los cuales deben asumir con rigor para alcanzar la vigencia de los principios que inspiran a una correcta administración de justicia (la Buena fe, la Equidad, la solidaridad) contribuyendo a la plasmación de una nueva cultura del proceso judicial, dentro de un Estado Constitucional de Derecho; ya que, siendo los litigantes ciudadanos; como buenos ciudadanos, nada de lo que pase con la administración de justicia le es ajeno.*

Buena fe Procesal: *Conducta exigible a toda persona, en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta.*

Estado Constitucional: *Estado Constitucional y Social de Derecho, supone aquel que tiene como fines el respeto de los derechos fundamentales e instituciones democráticas para alcanzar la igualdad y la supremacía constitucional, a través de una serie de principios y valores, protegidos por una jurisdicción constitucional.*

### **CAPITULO III.- CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS. ORDENAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.**

#### **1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.**

Las técnicas de recolección de datos utilizados en la presente investigación están comprendidas por el fichaje de libros, revistas especializadas, tesis, etc; respecto a las doctrinas y marco teórico relevante para el tema de investigación y los problemas planteados. En trabajo de campo, se realizó el análisis de contenido de resoluciones judiciales de los expedientes que se tramitan en los Juzgados de Familia Civil de Lima; y se aplicaron encuestas a los Magistrados de los Juzgados de Familia Civil de Lima y abogados litigantes de causas tramitadas en dichos juzgados. En cuanto a los instrumentos de recolección de datos se utilizaron fichas de registro (bibliográficas y hemerográficas) fichas de contenido (textuales y de resùmen) cuestionarios y la elaboración de gràficos para la medición y análisis de los datos extraídos de los expedientes judiciales.

De lo desarrollado en la presente investigación, con la información doctrinaria expuesta, y la información obtenida del análisis de las resoluciones judiciales de los expedientes que se tramitan en los Juzgados de Familia Civil de Lima; y de las encuestas aplicadas a los Magistrados de los Juzgados de Familia Civil de Lima y abogados litigantes, cuyos modelos se adjunta como anexos a la presente investigación; hemos podido demostrar las hipótesis planteadas en el presente trabajo como respuestas tentativas a los problemas planteados.

## **2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS. TRABAJO DE CAMPO.**

El análisis y contrastación de las variables independientes y dependientes establecidas en el presente trabajo, nos permitió determinar que:

### **1.- “El conocimiento superficial de los abogados del Principio de Solidaridad con el fin público del proceso; provoca la configuración de abuso procesal de parte en los procesos civiles”**

**Variable Independiente:** - Principio de Solidaridad con el fin público del proceso.

De lo investigado pudimos verificar que, existe desconocimiento por parte de los abogados litigantes de las causas que se tramitan en los Juzgados de Familia Civil de Lima, de la finalidad del proceso moderno; y consecuentemente, del Principio de Solidaridad con dicho fin.

En efecto, la investigación arrojó que los abogados litigantes consideran como finalidad del proceso; principalmente, la actuación de la ley, la garantía del cumplimiento de la ley, y la tutela de los derechos subjetivos de las partes; extremos que como se ha desarrollado, constituyen consecuencias, efectos o medios para el proceso; pero no su finalidad. Respecto al Principio de Solidaridad, casi la totalidad de los letrados encuestados, no conoce el principio acotado.

**Variables Dependientes:** -Configuración de Abuso Procesal

-Ineficacia de Tutela Jurisdiccional

Del análisis de expedientes judiciales tramitados en los Juzgados de Familia Civil de Lima, se ha verificado la interposición de demandas y medidas cautelares excesivas y el planteamiento de recusaciones y abstenciones desviadas; es decir, la configuración de abuso de los derechos procesales o Abuso Procesal por el lado de las partes procesales; las cuales, no son rechazadas oportunamente por la judicatura; ocasionando la legitimidad de estos actos que dilatan o distorsionan el proceso; y consecuentemente, la tutela jurisdiccional se torna ineficiente.

En consecuencia, la realidad descrita hace concluir que, ante la superficialidad o desconocimiento de los abogados respecto al Principio de Solidaridad con el fin público del proceso; se genera un estado de indiferencia o egoísmo con dicho fin que es trasladado a las partes procesales, en el contexto de la defensa técnica; lo que lógicamente provoca que se utilice el proceso y los derechos procesales que a éstas les asiste, de manera antisocial y disfuncional, tratando únicamente de perseguir la satisfacción de sus intereses personales y no de la colectividad.

**2.- “El conocimiento superficial y la inaplicación por parte de los jueces de los principios que inspiran una correcta administración de justicia, provoca la configuración de abuso procesal en los procesos civiles”**

**Variable Independiente:** -Principios que inspiran una correcta administración de justicia.

De lo investigado, se ha verificado que, la mayoría de los magistrados encuestados desconoce uno de los principales principios que rige la normatividad del orden jurídico, como es el Principio de Coherencia Normativa, cuyo contenido es equivalente al Principio de Concordancia Práctica con la Constitución y con la interpretación sistemática de las normas. Este desconocimiento mayoritario, deja en el escenario de la interpretación y aplicación normativa por parte de los magistrados, aquella que tiene como base la literalidad de la norma y a las interpretaciones aisladas y estrictas.

**Variables Dependientes:** -Configuración de Abuso Procesal

-Ineficacia de Tutela Jurisdiccional

Del análisis de expedientes judiciales tramitados en los Juzgados de Familia Civil de Lima, se ha verificado que los jueces interpretan las normas excesivamente de manera literal y estricta; ocasionando en un gran número de casos, la incompatibilidad del orden jurídico; básicamente de la relación ley - Constitución.



En estos actos jurisdiccionales en síntesis se privilegia la forma por el fondo, constituyendo lo que se conoce, como una de las manifestaciones de abuso procesal del juez, llamado exceso ritual manifiesto; lo que, a su vez, distorsiona la finalidad de la potestad jurisdiccional respecto a una correcta administración de justicia; tornando en ineficaz la tutela jurisdiccional.

La realidad descrita hace concluir que, ante el desconocimiento de los jueces respecto a principios inherentes a una correcta administración de justicia, como lo es el Principio de Coherencia Normativa; se genera un estado de incertidumbre respecto a la manera como el juzgador va a realizar la labor interpretativa de las normas; quedando como camino rápido la realización de una interpretación de corte literal y estricta; que se generaliza hasta el punto de su uso excesivo y mecánico; lo cual desemboca en una mala administración de justicia y consecuentemente, en un abuso procesal.

### **3.- “La interpretación literal o estricta de la norma realizada por los jueces provoca Abuso de Poder en los procesos civiles”**

**Variable Independiente:** -Interpretación literal o estricta de la norma

De lo investigado se pudo verificar que, la mayoría de los magistrados considera que lo significativo en el ejercicio de la labor interpretativa es buscar la razón instrumental de la norma; que consecuentemente deviene, de los motivos que tuvo

el legislador para sancionar la norma. En consecuencia, este acercamiento mayoritario, a buscar los motivos del legislador como base principal de la interpretación normativa, desemboca inexorablemente a una interpretación estricta y literal de la norma, en donde el intérprete no aumenta ni disminuye los márgenes de aplicación de la norma.

**Variables Dependientes:** -Configuración de Abuso Procesal

-Ineficacia de Tutela Jurisdiccional

Del análisis de expedientes judiciales tramitados en los Juzgados de Familia Civil de Lima, se ha verificado que los jueces interpretan las normas excesivamente de manera literal y estricta; ocasionando en un gran número de casos la distorsión de la naturaleza jurídica, características y fines de las instituciones que se relacionan con las normas sujetas a interpretación. En estos actos jurisdiccionales en síntesis se privilegia la forma por el fondo, constituyendo lo que se conoce, como una de las manifestaciones de abuso procesal del juez, llamado exceso ritual manifiesto; lo que, a su vez, distorsiona la finalidad de la potestad jurisdiccional respecto a una correcta administración de justicia; tornando en ineficaz la tutela jurisdiccional. La realidad descrita hace concluir que, a partir del reconocimiento por parte de los jueces, que la interpretación más significativa, es la de corte literal y estricta; este tipo de interpretación adquiere relevancia y generalidad en el quehacer judicial, y debido a la carga procesal que la institución judicial afronta, su uso se torna excesivo y mecánico; lo cual desemboca en una mala administración de justicia y consecuentemente, en un abuso procesal.

**4.- “La prohibición del Abuso Procesal, se hace necesaria; ya que, provoca, la prevención y represión de facultades, poderes y deberes funcionales desviados o excesivos, evitando un daño procesal en los procesos civiles”**

**Variable Independiente:** --Normatividad de la Prohibición del Abuso Procesal

Del análisis y revisión de la normatividad vigente en nuestro país, se concluye que, las normas que regulan la conducta procesal de las partes en el proceso civil, están dirigidas a sancionar conductas a partir de una calificación de índole subjetiva, básicamente con base en el dolo o la mala fe. Conductas dolosas o culposas expresamente establecidas, a través de la imposición de multas; y en todo caso, está a disposición la demanda de daños y perjuicios por una demanda arbitraria. Asimismo, respecto al ejercicio de las potestades jurisdiccionales, existe regulada la falta administrativa por abuso de la condición de juez respecto a sus subalternos y para obtener un trato favorable. En consecuencia, no existe regulación procesal en nuestro país, que contenga los alcances del Principio de Prohibición del Abuso Procesal conforme a lo desarrollado en el marco teórico.

**Variable Dependiente:** Daño Procesal.

Como ya se demostró con la contrastación de las hipótesis que anteceden, de la revisión y análisis de los expediente judiciales, se concluye que, existen por el lado

de las partes, el ejercicio abusivo de derechos procesales; así como, por el lado del juzgador, el ejercicio excesivo del poder jurisdiccional; es decir, se ha constatado en la realidad jurídica procesal, manifestaciones de abuso procesal; todas ellas generando un común denominador, cual es la dilación innecesaria e injustificada del proceso, un alongamiento en la duración de la tramitación del juicio que perjudica específicamente a la parte, o partes; y por ende a su debido proceso; y genéricamente a la sociedad, y su derecho a la paz social.

En consecuencia, ante la existencia de una normatividad que sólo permite sancionar las conductas dolosas o culposas en que incurren las partes procesales dentro del proceso, que siempre son de difícil probanza; la inexistencia de una normatividad que regule y sancione los excesos de los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional; las numerosas formas de abusos procesales de las partes y del juez que se manifiestan en los procesos civiles en la actualidad; y el desconocimiento que se revela de parte de los jueces de lo que constituye abuso procesal; conforme a los datos obtenidos de las encuestas realizadas; es pertinente y necesaria la incorporación expresa en nuestro ordenamiento procesal civil del Principio de Prohibición del Abuso Procesal, por adquirir relevancia práctica su tesis funcional (consagrado tanto en el derecho procesal Argentino y Español) que reconoce como criterio identificador del abuso, aquel acto que independiente de toda injerencia dolosa o culposa, se desvía del fin que le asigna el ordenamiento jurídico. Esto supone como único requisito que la exteriorización del acto haya provocado un daño jurídico.

### **3. ORDENAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS**

El orden y análisis de los datos extraídos a través de las técnicas e instrumentos de recolección, y que se plasman en la presente investigación, será el siguiente:

#### **1) Revisión de Expedientes Judiciales.**

De la muestra seleccionada respecto a nuestra población se ha encontrado que:

-Existe un 20% de casos en los cuales se interpusieron demandas excesivas o innecesarias admitidas a trámite

-Existe un 10% de casos en los cuales se solicitaron medidas cautelares excesivas o innecesarias; de las cuales, fueron concedidas un 70%.

-Existe un 11% de casos en los cuales se presentaron pedidos de recusación o abstención desviados; de los cuales, fueron declarados fundados un 80%.

-Existe un 60% de casos en los cuales el juez incurrió en exceso ritual manifiesto por aplicación mecánica e interpretación literal excesiva de la norma.

-Existe un 85% de casos en los cuales el juez incurrió en un bilateralismo excesivo.

## **2) Aplicación de encuestas.**

**Abogados:** Se aplicò una encuesta tipo cuestionario con alternativas para marcar, a los abogados litigantes de las causas incoadas en el periodo escogido para el presente trabajo; que se acercaban a los respectivos juzgados para la toma de lectura de los expedientes respectivos; todo ello durante un lapso de un mes; dando como resultado la cantidad de 250 encuestas entregadas, de las cuales fueron devueltas al terminar la lectura de expedientes, 200 encuestas totalmente llenadas. El contenido del cuestionario empieza con preguntas generales como los años de vida profesional hasta las específicas relacionadas con los problemas y las hipótesis de investigación. De estas, se extrae los siguientes resultados:

### **\*Respecto a la pregunta ¿Cuál de los siguientes es la finalidad del proceso?:**

La actuación del derecho objetivo al caso concreto: 45%

La tutela de los derechos subjetivos de los particulares: 35%

Garantizar el cumplimiento de la ley: 10%

La solución de conflictos de intereses intersubjetivos: 10%

### **\*Respecto a la pregunta ¿Conoce lo que se denomina como Principio de Solidaridad con el fin público del proceso?**

No: 95%

Si: 5%.

**\*Respecto a la pregunta ¿Considera usted que existen abusos en el ejercicio de las labores jurisdiccionales para los litigantes?**

- Si: 85%
- En ocasiones: 15%
- No: 0%

**\*Respecto a la pregunta ¿Cuál considera usted que es la mayor crítica que hacen los litigantes al Poder Judicial?**

La Demora en el trámite de los procesos: 80%

La Carga Procesal: 10%

La Corrupción: 10%

**Jueces:** Se aplicò una encuesta tipo cuestionario con alternativas para marcar, para los jueces de los quince Juzgados de Familia Civil de Lima; cuyo contenido iniciaba con preguntas generales como los años de vida profesional, de labor jurisdiccional hasta llegar a las preguntas específicas relacionadas con los problemas y las hipótesis de investigación. Los cuestionarios fueron entregados personalmente a los magistrados previa entrevista para la presentación de la investigación; de los cuales fueron devueltos siete encuestas totalmente llenadas; lo cual arroja un 50% de la población encuestable; superando altamente los límites regulares de una muestra representativa que es de un 30%. De estas, se extrae los siguientes resultados:

**\*Respecto a la pregunta ¿Qué entiende usted por el Principio de Coherencia Normativa?:**

El respeto a la jerarquía de las normas: 90%

La existencia de una relación armónica entre las normas del orden jurídico: 10%

**\*Respecto a la pregunta ¿Qué es lo significativo en el ejercicio de la interpretación normativa?**

La razón instrumental de la norma: 80%

La finalidad específica de la norma: 20%.

**\*Respecto a la pregunta ¿Cuál de los siguientes considera usted que es la finalidad del proceso?**

- La tutela de los derechos subjetivos de los particulares: 80%

- La solución de los conflictos intersubjetivos: 20%

**\*Respecto a la pregunta ¿Cuál considera usted que es la mayor crítica que hacen los litigantes al Poder Judicial?**

La Demora en el trámite de los procesos: 80%

La Corrupción: 20%



**\*Respecto a la pregunta. En la labor interpretativa ¿Cual de los siguientes ordenes usted maneja primordialmente?**

Norma constitucional, ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina: 80%

Principios, ley, jurisprudencia, costumbre, doctrina: 10%

Doctrina, ley, jurisprudencia, costumbre, principios: 10%

Este resultado en relación a los obtenidos en primera pregunta descrita, revela por un lado una contradicción; ya que, si bien un 80% de los jueces señala que en su labor interpretativa tiene como primer filtro a la norma constitucional, un 90% desconoce el Principio de Coherencia Normativa, al confundirlo con el de jerarquía de las normas. Y por otro lado, se revela una confirmación de del desconocimiento aludido; ya que, el orden mayoritariamente escogido por los jueces, no contiene como parámetro a los principios del derecho.

**\*Respecto a la pregunta. ¿Conoce lo que se denomina como Abuso de Poder Jurisdiccional?**

No: 40%

Si: 60%. Es definido como ejercer de manera abusiva, arbitraria y extralimitarse, en los poderes, criterios y funciones jurisdiccionales.

Este último resultado, revela un desconocimiento por parte de los jueces de lo que constituye Abuso Procesal del Juez o Abuso de Poder Jurisdiccional; al solo describir las palabras que conforman el enunciado de la pregunta.

## **CAPITULO IV.- APORTES DE LA INVESTIGACIÓN.**

**CONCLUSIONES**

**RECOMENDACIONES**

**PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

**BIBLIOGRAFIA**

### **1. APORTES DE LA INVESTIGACIÓN A LA DOCTRINA Y A LA TEORÍA, LEGISLACIÓN Y A LA JURISPRUDENCIA.**

El aporte de la presente investigación a la doctrina y teoría, se desprende del desarrollo integral de un principio novedoso en nuestro sistema procesal civil y la exhortación de su aplicación, del Principio de la Prohibición del Abuso Procesal, como principio del proceso civil. Es un estudio referido al principio acotado como resultado de la aplicación de la Teoría del Abuso de Derecho y de la Teoría de la Desviación de Poder en el campo administrativo. Respecto a la legislación, proponemos su incorporación expresa dentro del Título Preliminar del Código Procesal Civil y en la Ley de la Carrera Judicial, en sus dos dimensiones; prohibición del Abuso Procesal de Parte y Abuso del Juez o de Poder.

## 2. CONCLUSIONES

Las conclusiones de la presente investigación son las siguientes:

- 1) La implementación y la progresiva adaptación de un Sistema Procesal Civil, que se encuentre sintonizado con lo que significa un Estado Constitucional y Social de Derecho, implica que se debe tener presente una serie de rasgos fundamentales; siendo el más importante, el de concebir al derecho como un sistema de justa solución de conflictos; y al proceso, como el instrumento más adecuado para la proyección de un conjunto de garantías mínimas, que permiten alcanzar el fin público de reestablecer el orden jurídico y la armonía social, que es en buena cuenta, el compromiso y el deber primordial de un estado para su legitimación frente a su sociedad.
- 2) Dentro de esta concepción del proceso, como garantía específica, aparece la figura del juzgador como director en el respeto de tales garantías; en ese sentido, no debe ser un mero aplicador de normas legales preestablecidas, sino que, más allá de ello, tiene el deber de observar los principios inherentes a una mejor y correcta administración de justicia; y realizar una interpretación sistemática de las normas.
- 3) El principio de Moralidad establecido legislativamente en nuestro ordenamiento procesal civil, responde a un conjunto de deberes jurídicos generales (lealtad, probidad, buena fe y veracidad) de contenido ético; por lo que, su inobservancia

esta plasmada en supuestos expresamente establecidos de consumación del dolo y la culpa (mala fe); es decir, se dirige a combatir conductas a partir de una calificación de índole subjetiva; que resultan de difícil probanza, o en todo caso, de actos repetitivos, que dilatarían necesariamente el desarrollo del proceso; y cuyas sanciones tienen un efecto desventajoso para el agente, pero de tipo extraprocesal, como sucede en las multas y costas procesales.

- 4) La regulación de la Responsabilidad Disciplinaria de los Magistrados, no prevé la tipicidad y sanción de los excesos y abusos en que incurren los jueces en el ejercicio de su potestad jurisdiccional; todos ellos que, configuran un funcionamiento anormal o irregular de la administración de justicia. Por otro lado, cuando se infringe entre otros, el deber de celeridad en la resolución del proceso; y cuando se abusa de las facultades que señala la ley para con los subalternos e intervinientes en el proceso; o se abusa de la condición de juez para obtener un trato favorable o injustificado; la regulación administrativa, dirige sus efectos post facto; es decir, luego de que se ha realizado o consumado el hecho generador de la dilación; y previo procedimiento disciplinario ante el órgano de control respectivo.

- 5) El Principio de prohibición del Abuso Procesal, como principio general de derecho procesal, sustancialmente, encuentra fundamento directo en la Teoría del Abuso de Derecho en el campo civil; y en la Teoría de la Desviación de Poder en el campo administrativo; que trascienden a todo campo jurídico por formar parte de la Teoría General del Derecho; y procesalmente, a través del principio de la buena fe

procesal. Es por ello que su aplicación, proscribire conductas que no tengan en cuenta las exigencias mínimas de corrección del comportamiento procesal (buena fe); así como aquellas que se aparten de la función instrumental atribuida al derecho o potestad por parte del ordenamiento jurídico.

- 6) En nuestro proceso civil, se hace necesaria la aplicación del Principio de la Prohibición del Abuso Procesal, por la inexistencia de regulación frente a los excesos y abusos de poderes jurisdiccionales; y por la limitada amplitud que posee el Principio de Moralidad; encontrándose éste incluido en aquel; en consecuencia, el principio de Prohibición del Abuso Procesal se establece para sancionar y prevenir conductas específicas, previstas o no expresamente en las normas procesales, que constituyen un apartamiento de la finalidad del acto; el que puede o no responder a dolo o culpa; pero en donde lo importante, es la desviación del acto y la producción del daño procesal; y cuyo caso, se establece sanciones de desventaja dentro del proceso como, la nulidad de oficio de lo actuado y la imposición de costas procesales.
- 7) La operatividad de la prohibición del Abuso Procesal, respecto a los ejercicios abusivos de los derechos de acción, de defensa y de las potestades jurisdiccionales, evitaría que se genere un daño procesal; es decir, que no se produzca el alongamiento innecesario de la decisión que resuelva o se pronuncie sobre el litigio jurídico; con ello, el tiempo necesario en un proceso, se haría más razonable en miras a la expectativa de las partes; y de un ahorro de gasto y

esfuerzo con el descongestionamiento de procesos en trámite en menor tiempo, cuestión que legitimaría la actuación de la administración de justicia.

### **3. RECOMENDACIONES**

Las recomendaciones de la presente investigación son las siguientes:

- 1) Se legisle de manera general y amplia en el título preliminar del Código Procesal Civil, en calidad de principio general de derecho procesal, el Principio de Prohibición del Abuso Procesal; como Abuso de Partes y Abuso del Juez.
- 2) Respecto al Abuso Procesal del Juez, se establezca una evaluación negativa para efectos de la carrera judicial; en consecuencia, se recomienda se legisle esta figura en la Ley de la Carrera Judicial, como una falta administrativa grave y como criterio de evaluación del juez, respecto a la celeridad y rendimiento.
- 3) Se establezca de manera obligatoria que, las facultades de derecho incluirán en su curricula, un curso principal y autónomo del estudio integral de los principios generales del derecho, y de los principios generales de cada rama y disciplina jurídica y la vinculación entre las mismas.

- 4) Se establezca cursos obligatorios de capacitación para los jueces, respecto a la vinculación de los métodos de interpretación legal y constitucional y su vinculación con los Principios generales del derecho y de cada rama y disciplina jurídica.
- 5) La realización de un estudio empírico interdisciplinario que establezca las causas, factores e intereses que coadyuven u originen desde un punto de vista extrajurídico, la existencia de falsos o indebidos litigios, de excesos en el ejercicio de poderes estatales.

#### **4. PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

A partir del análisis efectuado en la presente investigación, respecto a la problemática generada por las manifestaciones de abuso procesal, expresamos la necesidad de implementar las siguientes modificaciones e incorporaciones legislativas:

Modificación del artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil:

**“Artículo IV.- Principio de iniciativa de parte y Principio de Prohibición de Abuso Procesal.**

*“El proceso se promueve sólo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quién defiende intereses difusos.*



*Se encuentra proscrito el Abuso Procesal en el proceso civil. Se entiende por Abuso Procesal, a todo inadecuado o antifuncional ejercicio de poderes, deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades en que puede incurrir las partes procesales, terceros, el juez, auxiliares jurisdiccionales, órganos de auxilio judicial; y todo interviniente en un proceso civil dado, que puede o no responder a dolo o culpa y que genera un daño procesal. Los jueces tienen el deber de rechazar y prevenir fundadamente, las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso procesal. En tal caso, el juez de oficio, declarará la nulidad de lo actuado en base al ejercicio antifuncional e impondrá al agente las costas procesales, si hubieren; y en todo caso, una multa de entre una a tres unidades de referencia procesal, previo traslado de los hechos imputados al agente por el plazo de tres días; y con su absolución o en rebeldía, se resolverá. Sin perjuicio de la remisión de copias certificadas a la comisión de ética del colegio de abogados respectivo. Si la dilación ha ocasionado daños y perjuicios debidamente acreditados; a pedido de parte, la pretensión se sustanciará por incidente en cuaderno separado. En caso el abuso provenga del juez o auxiliares jurisdiccionales, la parte agraviada hará de conocimiento dicha situación a la instancia administrativa respectiva, con copias certificadas de los actuados pertinentes, la que actuará conforme a la ley de la materia.*

Incorporación del inciso 19 del artículo 47º y el inciso 14 del artículo 76º de la Ley 29277:

**Artículo 47º.- Faltas Graves:**

*Son faltas graves:*

(...)

*19.- Incurrir en Abuso Procesal. Se entiende por Abuso Procesal, a todo exceso o desviación por comisión u omisión en el ejercicio del poder jurisdiccional, tal como el exceso ritual manifiesto, el bilateralismo excesivo, la omisión de rechazo y prevención de abuso procesal de parte, etc.*

**Artículo 76º.- Información requerida para evaluación.-**

*Para llevara adelante esta evaluación, se requiere contar con la siguiente información:*

(...)

*14.- Número de procesos en los que se incurrió en abuso procesal: Exceso ritual, bilateralismo excesivo, omisión de rechazo de abusos procesales de parte.*

## 5. BIBLIOGRAFIA

### Libros

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan  
*Ilícitos Atípicos*. Editorial Trotta. Madrid. 2000

Almagro Nosete, José.  
*Consideraciones de Derecho Procesal*. Librería Bosch. Barcelona. 1998.

Cappelletti, Mauro  
*La Responsabilidad de los Jueces*. Comunitas. Lima. 1era edición. 2009

Chiovenda, Giuseppe.  
*Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid, Reus, 1992.

Colombo Campbell, Juan.  
*Los Actos Procesales*. Editorial jurídica de Chile. 1era Edición. Santiago de Chile. 1997

Condorelli, Epifanio J.L.  
*Del Abuso y la Mala fe dentro del Proceso*. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1986.

Cordopatri, Francesco.  
*L' abuso del proceso*. Tomo I. CEDAM. 2000.

Couture, Eduardo J.  
*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3era Edición, De Palma, Buenos Aires, 1993.

*Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediar. Buenos Aires. 1949.

Devis Echandía, Hernando.  
*“Teoría General del Proceso”*. Editorial Universidad. 3era edición. Buenos Aires.

Espinoza Espinoza, Juan.

*Los Principios contenidos en el título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984.* Fondo Editorial de la PUCP, 2da Edición, 2005.

Fairen Guillén, Víctor.

*Doctrina General del Derecho Procesal.* Bosch. 1era edición, Barcelona, 1990.

Fernandez Sessarego, Carlos.

*Abuso del Derecho.* Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

Gherzi, Carlos Alberto.

*Responsabilidad de los Jueces y Juzgamiento de funcionarios.* Editorial Astrea. Buenos Aires. 2003.

Gonzales Rodríguez, Miguel.

*Derecho Procesal Administrativo. 12 Edición.* Editorial Ibáñez. Bogotá. 2004

Gozaini, Oswaldo.

*Temeridad y Malicia en el Proceso.* Editorial Rubinzal Culzoni. Buenos Aires. 2002.

Landa Arroyo, Cesar.

*Teoría de los Derechos Fundamentales.* Editorial Palestra, 1era Edición, Lima, 2004.

Lorca Navarrete, Antonio.

*Introducción al Derecho Procesal.* 2da Edición. Madrid. 1991.

Monroy Galvez, Juan.

*Introducción al Proceso Civil.* Tomo I, Themis, Santa fe de Bogotá, 1996.

Montero Aroca, Juan.

*Derecho Jurisdiccional.* Parte General I. Editorial Bosch. Barcelona. 1996.

Morales Godos, Juan.

*Instituciones de Derecho Procesal.* Editorial Palestra Editores. Lima. 1era Edición. 2005.

Morello, Augusto M.  
*Los Abogados. Desafíos de los años 90. Librería editora Platense SRL. Buenos Aires. 1993.*

Najjar Abdo, Helena.  
*O Abuso do Processo. Editora Revista Dos Tribunais, 2007*

Palacio, Lino Enrique  
*Derecho Procesal Civil. Abeledo Perrot. 2da edición. Buenos Aires. 1994*

Peyrano, Jorge W.  
*Abuso Procesal. 1era Edición, Buenos Aires, Editores, 1999.*

Peyrano, Jorge W.  
*El Proceso Atípico. Editorial Universidad. Buenos Aires. 1993.*

Picó i Junoy, Joan.  
*El principio de la buena fe procesal y su fundamento constitucional. En: El abuso del Proceso: mala fe y fraude de ley procesal. Cuadernos de derecho Judicial. XVIII-2005. Consejo Judicial del Poder Judicial. Madrid. 2006.*

Ramos Mendez, Francisco.  
*El Sistema Procesal Español. Bosch. 5ta edición. Barcelona. 2000*

Rubio Correa, Marcial  
*El Estado Peruano según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1era Edición. Lima. Diciembre 2006*

*La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1era Edición. Lima. Enero 2005*

Silva Vallejo, Jose Antonio.  
*La Ciencia del Derecho Procesal. Editorial Fecal. 1991.*

Torielli, Claudia P.  
*Proscripción del Abuso del Derecho en el Proceso*. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2004.

Vergara Gotelli, Juan Francisco.  
*“La reforma del Poder Judicial”*. 1era edición. Kinkòs impresiones SAC. Lima.

Zagrebel'sky Gustavo  
*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 5ta edición. Editorial Trotta. Madrid. 2003.

## Revistas

Berizonce, Roberto O.  
*El exceso en el ejercicio del Poder Jurisdiccional*. En: Themis (Revista de Derecho) 2da época. 2001. N° 43.

Bullard, Alfredo y Falla Alejandro.  
*El abogado del diablo. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva*. En: ius et veritas N° 40. año 15. 2005.

Debido Proceso. Realidad y Debido Proceso.  
Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2003.

Derecho Procesal.  
*III Congreso Internacional*. Fondo de desarrollo editorial de la Universidad de Lima. Lima. 2005.

Devis Echandía, Hernando.  
*Derecho y deber de jurisdicción, y la igualdad de las personas ante aquélla y en el proceso*. En: ius et veritas N° 10. 2005.

Diez Picazo y Ponce de León, Luis.  
*El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones* En: Ius Et Veritas. N° 5 – 1992.

Guilherme Marinoni, Luiz  
*La necesidad de distribuir la carga del tiempo en el proceso*. En: Themis N° 43. 2001.

*Jimeno Bulnes, Mar*

*Las dilaciones indebidas y el secretario judicial.* En: *ius et veritas* N° 20. 2005.

*Landoni Sosa, Ángel.*

*El abuso de los derechos procesales.* En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* III. Estudio Belaunde & Monroy Abogados. N° 3. Diciembre, 1998.

*Ledesma Narváez, Marianella*

*El abuso procesal en la medida cautelar: Apuntes para la búsqueda de un procedimiento justo.* En: *Advocatus* N° 12. 2005.

*Peyrano, Marcos L.*

*El abuso del derecho y su inserción como nuevo principio del proceso. Su relación con el principio de moralidad procesal y su recepción dentro del Código Procesal Civil Peruano.* En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. VI. Estudio Monroy Gálvez – Abogados. N° 6 – 2003.

*Trimarchi, Pietro*

*La responsabilidad civil del juez.* En: *Proceso & Justicia* N° 3. 2002.